

ESMP

Escola Superior do  
Ministério Público  
MATO GROSSO DO SUL

MPMS

Ministério Público  
MATO GROSSO DO SUL

Coordenadores  
FÁBIO IANNI GOLDFINGER E MOISÉS CASAROTTO

Comentários à  
proposta de novo  
**CÓDIGO DE  
PROCESSO  
PENAL**





## **COORDENADORES**

**FÁBIO IANNI GOLDFINGER**

**MOISÉS CASAROTTO**

(PROMOTORES DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL)



VOSSA EXCELÊNCIA  
FÁBIO IANNI GOLDFINGER



VOSSA EXCELÊNCIA  
MOISÉS CASAROTTO

# **COMENTÁRIOS À PROPOSTA DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

**Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul**  
Gestão 2022-2024

---

Procurador-Geral de Justiça  
Alexandre Magno Benites de Lacerda

Procurador-Geral Adjunto de Justiça Jurídico  
Humberto de Matos Brittes

Procuradora-Geral Adjunta de Justiça Administrativa  
Nilza Gomes da Silva

Procurador-Geral Adjunto de Justiça Institucional  
Paulo César Zeni

Corregedor-Geral do Ministério Público  
Sílvio Cesar Maluf

Corregedor-Geral Substituto do Ministério Público  
Helton Fonseca Bernardes

Ouvidor do Ministério Público  
Renzo Siufi

Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça  
Camila Augusta Calarge Doreto

Secretária-Geral do MPMS  
Bianka Karina Barros da Costa

Assessores especiais do PGJ  
Ana Cristina Carneiro Dias

Cristiane Mourao Leal Santos  
Ludmila de Paula Castro Silva

Marcos Alex Vera de Oliveira  
Paulo Roberto Goncalves Ishikawa  
Thalys Franklyn de Souza

**Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul**  
Gestão 2022

---

Diretor Geral  
Fábio Ianni Goldfinger

Conselho Administrativo-Consultivo  
Evaldo Borges Rodrigues da Costa

Claudia Loureiro Ocariz Almirão  
Antonio André David Medeiros  
Paulo César Zeni  
George Zarour Cezar

**MPMS**

**Ministério Público**  
MATO GROSSO DO SUL

**ESMP**

**Escola Superior do  
Ministério Público**  
MATO GROSSO DO SUL



# COMENTÁRIOS À PROPOSTA DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

MPMS

Ministério Púb  
MATO GROSSO DO SUL



**MPMS** | **Ministério Público**  
MATO GROSSO DO SUL

**ESMP** | **Escola Superior do**  
**Ministério Público**  
MATO GROSSO DO SUL

 **ASMMMP**  
Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público

# COMENTÁRIOS À PROPOSTA DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

2022 | Porto Alegre







**MPMS** | **Ministério Público**  
MATO GROSSO DO SUL

**ESMP** | **Escola Superior do**  
**Ministério Público**  
MATO GROSSO DO SUL

 **ASMMP**  
Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público

# COMENTÁRIOS À PROPOSTA DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

**MPMS** | **Ministério Público**  
MATO GROSSO DO SUL

...schwarz hatte ...  
...vor das lange Ferkel ...  
...gerannt ...  
...effektive ...  
...Ferkelchens ...  
...ich bin ...

...hüllte ...  
...Es hat ...  
...Ferkel ...  
...als ...  
...wie ...  
...soll ...

...ren ...  
...den Ball, ...  
...Jesse wusste ...  
...chineser ...  
...stimmte ...  
...erfüllten ...  
...„Jinnsan, ...  
...warf ...  
...du ...  
...ser ...  
...aus sah, ...  
...zu ...  
...können, ...  
...fähig ...  
...himmel ...  
...at ...  
...um ...  
...unter ...  
...weil ...

Wesse ...  
...ren ...  
...war ...  
...rig ...  
...„Das ...  
...Glücklich ...  
...und ...  
...für ...  
...Das ...  
...knallrot ...  
...rucht“ ...  
...Kette ...  
...erschien ...  
...Zweimal ...  
...seinem ...  
...arrichten ...  
...Ihm ...

## APRESENTAÇÃO



DR. DOUGLAS FISCHER

Não há dúvidas de que o aprimoramento da legislação processual penal é essencial, sobretudo diante de todos os princípios e valores axiológicos vinculantes aportados ao nosso ordenamento pela Constituição Federal de 1988 e também em face das reiteradas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como bem articulado no texto inaugural de forma clara e correta, “a Constituição Federal e as convenções internacionais de direitos humanos devem orientar e guiar essa complexa tarefa do processo penal de promover garantias (acusado) e efetividade (vítima e sociedade) dentro do sistema penal de modo a equilibrá-los. A harmonização entre os interesses de garantia de liberdade e a efetividade/eficiência do processo penal deve expressar, de forma igualitária, as preocupações e os estudos do sistema jurídico-penal. Um modelo processual que possa equilibrar a atuação do Estado, ou seja, as garantias do acusado e o cumprimento das finalidades político-criminais do sistema é de extrema necessidade”.

Dentro dessa premissa, é fundamental inicialmente compreender vários aspectos históricos, inclusive do processo de elaboração e edição do nosso CPP em 1941 e de todas as alterações legislativas subsequentes, notadamente nas últimas duas décadas.

Sempre digo que saber da história é essencial para que, pelo menos, não cometamos os mesmos equívocos do passado.

Todo processo de elaboração de leis deve ser o mais democrático possível. Não apenas a “vontade do legislador” (se é que ela existe ...) deve ser considerada, mas sobretudo deve ser “ouvida” a comunidade jurídica para que efetivamente contribua para que sejam elaborados projetos com a maior sistematicidade e dialeticidade.

Escrita por vários membros do Ministério Público do Mato Grosso do Sul, a presente obra é composta de vários capítulos que trazem em seu bojo várias críticas ao Projeto de Lei nº 8045, que trata de um “novo” Código de Processo Penal.

E traz em seu bojo valiosíssimas observações e críticas positivas e propositivas, demonstrando que, se o projeto é importante, ele também necessita de inúmeros ajustes, bem assim que não pode tramitar e ser aprovado como está, sem um efetivo debate de ideias.

Não se está defendendo que seja um projeto desconexo de partes que espelhe as (normais) visões diferentes de mundo e de processo da comunidade jurídica brasileira. Mas sim que sejam considerados vários aspectos importantes que foram provavelmente esquecidos de serem incorporados e ajustados no referido projeto de lei.

Encontram-se em alguns segmentos da doutrina ideias no sentido de que o processo penal deve estar voltado para a proteção quase exclusiva dos direitos dos investigados, pois, do contrário, estaria se violando um modelo acusatório que se queira “garantista”.

Respeitosamente, um equívoco essa premissa apenas parcial. Tanto por querer “fazer crer” que “sistema ou modelo acusatório” é aquilo que só esses segmentos pretendem que seja, como porque confundem (por restringirem excessivamente) o que seja proteção de todas as garantias fundamentais.

Quando se invoca que as regras de processo penal devam refletir a busca de um “justo processo penal” é importante considerar que, nesse regramento, não estão apenas valores de “proteção” dos direitos dos investigados e/ou processados (evitando-se a violação da chamada “Proibição de Excesso), mas também, em igual valoração (repita-se: igual valoração), todos os direitos fundamentais protegidos constitucional e convencionalmente.

Tanto pelas considerações preliminares principiológicas, como também de várias disposições específicas ressei de forma bem clara a preocupação central do PL 8045 a proteção quase exclusiva dos direitos dos investigados/processados criminalmente. Vamos deixar claro que jamais se deva defender a “não proteção” dessas “garantias fundamentais”, mas é preciso compreender que essa proteção não pode ser dentro de um viés unilateral, deve compreender a ideia bem clara já reconhecida pela Corte IDH que o processo deve proteger os direitos dos investigados/processados e das vítimas de igual maneira.

Enquanto a Proibição de Excesso depende da aferição de estar sendo restringido excessivamente um direito fundamental (especialmente os de primeira geração), a Proibição de Proteção Deficiente está em se apurar quando direitos fundamentais – em face de condutas (notadamente criminais) que os atinjam – não estão sendo suficientemente protegidos, ou ainda quando se está afastando indevidamente o cumprimento dos deveres fundamentais.

Vamos relembrar que a justiça criminal tem uma dupla função: ao tempo em que é um “escudo” de proteção (para o investigado/réu), também deve servir, com a mesma intensidade de ponderação, de espada dos direitos fundamentais (das vítimas).

Fazendo-se um estudo mais detalhado na doutrina comparada (especialmente europeia), encontra-se o exposto reconhecimento que, no âmbito americano, o “Caso Velásquez-Rodríguez”, de 1988 (pouco meses antes da promulgação da CF/88), foi o grande marco referencial no desenvolvimento da ideia de que os Estados-partes têm obrigações positivas na tarefa de proteção de todos os direitos humanos, com especial destaque para o fato de que essas obrigações abrangem expressamente o dever de prevenir, investigar e sancionar – com eficiência e eficácia – as violações dos direitos albergados nas convenções em prol todos os cidadãos (e não apenas dos investigados/processados). Nesse caso paradigmático, a Corte IDH claramente rejeitou a “concepção clássica” de que os direitos fundamentais somente impulsionam obrigações negativas aos poderes estatais, atestando a importância da justiça penal na efetiva proteção de direitos fundamentais. E no projeto em vigor, nota-se claramente que ele caminha em sentido oposto em muitas das suas previsões a essas premissas vinculativas das decisões da Corte IDH.

Como diz Frederico Valdez Pereira em obra de referência (O Justo processo penal convencional – 2020, p. 164) “o processo penal não há de ser, doravante, compreendido [...] a mero anteparo a possíveis atos de arbitrariedade estatal [...]. O processo penal hodierno há de ser devidamente alçado à meio de organização de um julgamento justo, destinado à realização efetiva dos direitos humanos e fundamentais, em favor de réus e investigados, vítimas da criminalidade e dos interesses coletivos de proteção da sociedade”.

O próprio Professor Ferrajoli diz expressamente que a ideia de garantismo é proteção “a todos os direitos, não só aos de liberdade, mas também aos bens estipulados como vitais, com as consequentes obrigações de satisfação e proteção, bem como proibições de lesões” (“Cos’ é il garantismo? *Criminalità Annuario di scienze penistiche* 2014, p. 131).

Ainda como questão essencial, não se pode esquecer que “o quadro de valores subjacente à jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo é de uma “garantia de 360 graus”, que determina a “levar a sério” em igual medida

os direitos fundamentais de todas as pessoas”. (Balsamo, Antonio. L’art. 3 della CEDU e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria, Cassazione penale, Milano, n. 11, 2014, p. 3926).

Exatamente nessa linha é que há muito tempo o STF vem reconhecendo que, tanto sob a ótica da legislação como de sua aplicação, há se considerar tanto um garantismo negativo e também um garantismo positivo. O Estado deve atuar positivamente para a proteção dos direitos das vítimas dentro do processo, evitando-se a violação da proibição de proteção deficiente. Tanto é que, em data muito recente, o plenário da Corte Suprema reafirmou, em repercussão geral, que “o princípio da proporcionalidade, implicitamente consagrado pelo texto constitucional, propugna pela proteção dos direitos fundamentais não apenas contra os excessos estatais, mas igualmente contra a proteção jurídica insuficiente, conforme a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (Recurso Extraordinário nº 971.959/RS, STF, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 29.7.2020, publicado no DJ em 31.7.2020).

Como destacamos na companhia também de Frederico Valdez Pereira em outra obra (Obrigações Processuais Penais Positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, 2022, 3. ed.), é fundamental ter em mente que todas as 10 condenações que o Brasil sofreu na Corte IDH até a presente data foram pela ausência de apuração efetiva e célere dos fatos criminosos (com eventual punição dos responsáveis em tempo razoável), redundando em desproteção dos direitos fundamentais e convencionais das vítimas. Do modo como posto, o processo penal que o projeto pretende seja implantado (regra geral) é algo que ensejará, em verdade, uma demora injustificada sob o pálio de proteção (exclusiva) dos direitos dos investigados/processados.

A apresentação deve ser o mais objetiva possível, sendo inviável aqui analisar – mesmo que sucintamente – cada um dos textos integrantes da obra coletiva, embora todos lidos e apreciados individualmente.

Volto ao que dito na origem para reafirmar que a ideia central da presente obra está na demonstração de que, se a pretensão é de fazer uma legislação efetivamente mais democrática e que se afeiçoe a um “modelo acusatório”, ela não pode ser aprovada de forma açodada. Precisa muitos debates e ajustes, considerando valores essenciais que não foram consagrados no que feito até aqui. E, para tanto, não são feitas apenas críticas, são trazidas ideias de aprimoramento, esse o maior mérito do presente trabalho coletivo (demonstrando que a pluralidade reforça a premissa central da democracia, inclusive na elaboração das leis).

Não cometamos os erros do passado em fazer leis com direcionamentos considerando apenas as ideias de alguns, mas busquemos

tanto quanto possível o exercício dos valores democráticos, contemplando na lei aquilo que é dito de forma bem clara pelas Cortes de direitos Humanos. Do jeito que está posto, a obra demonstra que muitas das disposições previstas nesse projeto de lei caminham em sentido oposto às premissas fundamentais desses precedentes.

Uma honra poder traçar essas palavras para apenas realçar a importância – a grande importância! – dessa obra, e que seus fundamentos (e outros tantos que podem ser agregados) sejam considerados nos ajustes essenciais que precisam ser feitos, antes da aprovação do Novo Código de Processo Penal.

Porto Alegre – RS, agosto de 2022.

**DOUGLAS FISCHER<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2006). Membro do Ministério Público Federal desde 1996, exerceu as atribuições de Coordenador Criminal e de Procurador-Chefe da Procuradoria da República no RS nos anos de 2002 e 2003. Atualmente exerce suas funções como Procurador Regional da República na 4ª Região. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União. Professor da pós-graduação da Escola Superior da Magistratura Federal no RS. Professor da Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público no Rio Grande do Sul. Professor da Pós-graduação da FDV (Vitória/ES). Professor da Escola da Ajuris/Porto Alegre. Professor da Pós-graduação da escola IERBB MPRJ. Professor da Pós-graduação da escola MPMGO. Professor da Pós-graduação da Escola do MPTO. Professor da Pós-graduação da escola do MPMS. Em 14.8.2012, foi designado para auxiliar o então Senador Pedro Taques, Relator do Projeto de Lei nº 236/2012, que trata da reforma do Código Penal Brasileiro.





Nossos Contatos

Rio de Janeiro  
Avenida das Américas, 3443, 2º andar  
- Bloco 3B, Sala 202 - Barra da Tijuca,  
Rio de Janeiro - RJ - Cep.: 22631-003  
Acesse: editoraclassica.com.br

Redes Sociais  
facebook.com/EditoraClassica  
twitter.com/EditoraClassica

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP - BRASIL)

C732

COMENTÁRIOS À PROPOSTA DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL /  
Goldfinger, Fábio Ianni. Casarotto, Moisés. (Coordenadores). – Porto  
Alegre - RS: Editora Clássica. 2022.

8.738 KB. 574 p.

ISBN – 978-65-87965-45-1

1. Processo Penal. 2. Constituição Federal. 3. Projeto de Lei do  
Código de Processo Penal. 4. Reformas, Codificação e Direitos  
Humanos. I. Goldfinger, Fábio Ianni. II. Casarotto, Moisés. III. Título.

CDD 341.509  
CDU 343.1

## EDITORA CLÁSSICA

### Conselho Editorial

Adriane Garcel  
Alessandra Neves Ferreira  
Alexandre Walmott Borges  
Daniel Ferreira  
Elizabeth Accioly  
Everton Gonçalves  
Fernando Knoerr  
Francisco Cardozo de Oliveira  
Francisval Mendes  
Ilton Garcia da Costa  
Ivan Motta  
Ivo Dantas  
José Edmilson de Souza-Lima  
Jonathan Barros Vita  
Juliana Cristina Busnardo de Araujo  
Lafayette Pozzoli  
Leonardo Rabelo  
Lívia Gaigher Bósio Campello  
Lucimeiry Galvão

Luiz Eduardo Gunther  
Luisa Moura  
Maria Lucia de Barros Rodrigues  
Mara Darcanchy  
Massako Shirai (in memorian)  
Mateus Eduardo Nunes Bertoncini  
Nilson Araújo de Souza  
Norma Padilha  
Paulo Ricardo Opuszka  
Roberto Genofre  
Salim Reis  
Silvana V Croope  
Valesca Raizer Borges Moschen  
Vanessa Caporlingua  
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr  
Vladmir Silveira  
Wagner Ginotti  
Wagner Menezes  
Willians Franklin Lira dos Santos

### Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgroy  
Diretora Responsável: Luciane de Araujo Pereira  
Produção Editorial: Editora Clássica  
Capa: Editora Clássica



**APRESENTAÇÃO ..... 11****DOUGLAS FISCHER**

*Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2006). Membro do Ministério Público Federal desde 1996, exerceu as atribuições de Coordenador Criminal e de Procurador-Chefe da Procuradoria da República no RS nos anos de 2002 e 2003. Atualmente exerce suas funções como Procurador Regional da República na 4ª Região. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União. Professor da pós-graduação da Escola Superior da Magistratura Federal no RS. Professor da Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público no Rio Grande do Sul. Professor da Pós-graduação da FDV (Vitória/ES). Professor da Escola da Ajuris/Porto Alegre. Professor da Pós-graduação da escola IERBB MPRI. Professor da Pós-graduação da escola MPMGO. Professor da Pós-graduação da Escola do MPTO. Professor da Pós-graduação da escola do MPMS. Em 14.8.2012, foi designado para auxiliar o então Senador Pedro Taques, Relator do Projeto de Lei nº 236/2012, que trata da reforma do Código Penal Brasileiro.*

**ANÁLISE HISTÓRICA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A NECESSIDADE DA EFETIVA CONSTITUCIONALIZAÇÃO ..... 25****FÁBIO IANNI GOLDFINGER**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Diretor da Escola Superior do MPE/MS. Mestre em Processo Penal (PUC-SP). Professor de Processo Penal e Penal pela Unigran-Capital. Autor de diversas obras jurídicas.*

**ALEXANDRE MAGNO BENITES DE LACERDA**

*Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul Presidente do Grupo Nacional de Defesa do Patrimônio Público e do Grupo Nacional dos Coordenadores Eleitorais do Ministério Público brasileiro - CNPG. Possui pós-graduação “latu sensu” em Direito Penal e Processo Penal pela UCDB. Mestre em Direito em Penal, Processo Penal e Garantismo pela Universidade de Girona-Espanha.*

**DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: NOTAS AO NOVO CPP ..... 49****ALLAN THIAGO BARBOSA ARAKAKI**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Doutorando pela UNIMAR. Máster em Fundamentos da Responsabilidade Civil pela Universidade de Girona/ES. Especialista em Direito Público pela Uniderp. Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pelo CERS.*

**DO INQUÉRITO POLICIAL NO PROJETO DE LEI N. 8.045 DE 2010** ..... 69

**LUCIANA MOREIRA SCHENK**

*Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Constitucional pela Anhanguera Educacional. Promotora de Justiça do MPMS. Coordenadora do GACEP – Grupo de Atuação Especial do Controle Externo da Atividade Policial.*

**A PREVISÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL** ..... 109

**LENIZE MARTINS LUNARDI PEDREIRA**

*Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Foi Promotora de Justiça no Estado do Paraná. Foi Promotora de Justiça no Estado de Minas Gerais. Aprovada também no Concurso para Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Foi assessora jurídica no Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Formou-se em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados (2010). Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal da Grande Dourados (2014). Mestranda em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados.*

**A AÇÃO PENAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL** ..... 133

**HUMBERTO LAPA FERRI**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Promotor de Justiça titular da 31ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Campo Grande. Master em Processo Penal e Garantismo pela Universidade de Girona/Espanha. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Católica Dom Bosco. Especialista em Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais pela PUC-RIO. Coordenador e professor da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade INSTED. Professor de Direito Penal da Faculdade INSTED.*

**DO ACUSADO E DE SEU DEFENSOR: ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DO GARANTISMO PENAL** ..... 147

**BIANKA MACHADO ARRUDA MENDES**

*Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Secretária-Geral do MPE/MS. Graduada em Direito pela Universidade Para o Desenvolvimento do Estado e Região do Pantanal – UNIDERP. Especialização em Direito do Estado e das Relações Sociais pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Mestre em Processo Penal y Garantismo pela Universitat de Girona/Espanha – UdG.*

**DO ASSISTENTE, DA AÇÃO CIVIL E DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PROJETO DE LEI Nº 8.045, DE 2010 - SUBSTITUTIVO) ...** ..... 161

**MANOEL VERIDIANO FUKUARA REBELLO PINHO**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre pela Universitat de Girona. Doutorando pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público.*

**DA RECOMPOSIÇÃO SOCIAL: DOS DIREITOS DA VÍTIMA E DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PENAL** ..... 173

**LUIZ EDUARDO SANT'ANNA PINHEIRO**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Membro*

do GAECO–Dourados. Máster em Direito Processual Penal e Garantismo pela Universidade de Girona/ES. Professor de cursos de Pós-Graduação e de cursos preparatórios para concurso. Autos de obras jurídicas.

<b>PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: ATOS PROCESSUAIS, PRAZOS, CITAÇÃO E INTIMAÇÕES</b> .....	195
---	-----

**LUCIANO BORDIGNON CONTE**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Promotor de Justiça, titular da 5ª Promotoria de Justiça da Comarca de Corumbá/MS, com atribuição na Defesa do Patrimônio Público e Social, do Consumidor, Curadoria dos Registros Públicos e Fundações, e crimes correlatos. Pós-graduação em processo civil na Faculdade Damásio de Jesus.*

<b>DA PROVA</b> .....	213
-----------------------	-----

**ÉLCIO D'ANGELO**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Processual Civil (UCDB-MS) e Direito Constitucional (UNAES-MS). Promotor de Justiça do MP-MS. Membro designado na Corregedoria-Geral do MPMS. Autor de obras jurídicas. Mestrando em Fronteiras e Direitos Humanos (UFGD)*

<b>O PROPOSTO APERFEIÇOAMENTO DA LEGISLAÇÃO PENAL E PROCESSUAL PENAL PRÉVIO A ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO E A PREVISÃO LEGAL DE GARANTIA DE UMA “CADEIA DE CUSTÓDIA”</b> .....	229
--	-----

**LUCIANO ANECHINI LARA LEITE**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Público. Pós-Graduado em Ciências Criminais, Mestre em Garantismo pela Universidade de Girona/Espanha. Ex-integrante do GAECO/MS. Professor de direito penal e processo penal no curso de pós-graduação da Escola de Direito do Ministério Público. Professor de Pós-graduação em Balística para Operadores de Direito na Universidade Católica/SC.*

<b>OS PROCEDIMENTOS NO PROJETO DE LEI DO NOVO CPP (PL 8045/2010)</b> .....	241
--	-----

**RADAMÉS DE ALMEIDA DOMINGOS**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Especialista em direito tributário pela UNIDERP. Ex-analista e ex-assessor jurídico do TJMS.*

<b>COMENTÁRIOS ACERCA DAS DISPOSIÇÕES DO PROJETO DE LEI 8.045/2010 (NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) QUANTO AOS CAPÍTULOS QUE TRATAM DA FORMAÇÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO PENAL, E DO INSTITUTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ARTIGOS 288 A 292)</b> .....	257
--	-----

**JOÃO MENEGHINI GIRELLI**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Membro colaborador do GACEP. Máster em Direito Processual Penal e Garantismo pela Universidade de Girona/ES.*

<b>PROCEDIMENTO DO JÚRI NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL</b> .....	279
--	-----

**EDUARDO FONTICIELHA DE ROSE**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Mestre em*



*Garantismo e Processo Penal da Universidade de Girona (2015/2018), graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000). Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul desde 2004, já participou de diversas palestras e conferências sobre matérias relacionadas ao exercício das suas atribuições do Ministério Público. Professor da pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal da EDAMP (Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público). Participa do Movimento Olímpico desde 1992.*

**BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS PROCEDIMENTOS SUMÁRIO E SUMARÍSSIMO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ..... 293**

**GEORGE ZAROUR CÉZAR**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Mestre em Direito em Penal, Processo Penal e Garantismo pela Universidade de Girona-Espanha. Especialista em Direito Público e Processo Penal pelo Complexo Damásio de Jesus. Membro do Conselho Administrativo-Consultivo da Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (ESMP-MS). Professor de cursos de Pós-Graduação e de cursos preparatórios para concurso.*

**ASPECTOS RELEVANTES DA DISCIPLINA DAS DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES NO CPP-PROJETADO ..... 311**

**FELIPE ALMEIDA MARQUES**

*Promotor de Justiça do Ministério Público Estado de Mato Grosso do Sul. Coordenador Adjunto do Núcleo de Crimes Cibernéticos do MPMS. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito. Especialista em Cyber Threat Inteligentt pelo Instituto Idesp -Darius. Professor de Pós-graduação.*

**AS MEDIDAS CAUTELARES REAIS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO: EXCESSOS, DEFICIÊNCIAS E AVANÇOS ..... 335**

**ANTHONY BRANDÃO**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Doutor em Ciências Florestais pela Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília – UnB. Especialista em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU. Professor de Direito Ambiental da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT.*

**FABRÍCIO MINGATI**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Membro colaborador do GACEP. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/PR.*

**PRINCIPAIS ASPECTOS DOS RECURSOS DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL, ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO, AGRAVO INTERNO, EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E DO PROCESSO E JULGAMENTO DOS RECURSOS NOS TRIBUNAIS NO ATUAL PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO ..... 373**

**PAULO HENRIQUE MENDONÇA DE FREITAS**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Graduado em Direito pela UFMS. Pós-Graduação em Penal e Processo Penal. Professor universitário na FINAN. Aprovado nos concursos públicos de Promotor de Justiça no MPGO, MPAC e MPMS.*

<b>DO PROCEDIMENTO NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA .....</b>	<b>393</b>
---	------------

**FÁBIO ADALBERTO CARDOSO DE MORAIS**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Especialista em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Ciências Criminais pela Uniderp.*

<b>TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PL 8045/2010) .....</b>	<b>405</b>
--	------------

**MATHEUS MACEDO CARTAPATTI**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Especialista em Processo Civil direito Civil pela UNIP. Especialista em Penal e Processo Penal pela Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais. Professor do cursos de Pós-Graduação da EDAMP.*

<b>PROPOSTA DE NCPP: DA GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS, DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA E DO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE ÓRGÃOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO .....</b>	<b>413</b>
--	------------

**MOISÉS CASAROTTO**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Coordenador do Núcleo Eleitoral do MPMS. Secretário-geral do Grupo Nacional do Coordenadores Eleitorais - GNACE. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Unipar/PR. Especialista em Direito Público pela Unijui/RS. Professor de cursos de Pós-graduação e curso preparatórios para concursos. Autor de artigos e obras jurídicas.*

<b>ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DAS AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO: DA REVISÃO CRIMINAL, DO HABEAS CORPUS E DO MANDADO DE SEGURANÇA .....</b>	<b>447</b>
---	------------

**HELTON FONSECA BERNARDES**

*Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Mestre em Direito Público pela UnB/Brasília e Mestre em Democracia y Buen Gobierno pela USAL/Salamanca. Procurador de Justiça do MP-MS. Coordenador do CAOCRIM do MPMS.*

<b>ASPECTOS RELEVANTES DA DISCIPLINA DAS QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTAIS NO CPP-PROJETADO .....</b>	<b>473</b>
--	------------

**MICHEL MAESANO MANCUELHO**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Coordenador Adjunto do Núcleo de Crimes Cibernéticos do MPMS. Especialista em Direito Processual Civil IBDPRO. Especialista em Ciber Threat Inteligentt pelo Instituto Idesp -Darius. Professor de Pós-graduação.*

<b>DA TRANSFERÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO OU DE PROCESSO PENAL E DAS EQUIPES CONJUNTAS DE INVESTIGAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL .....</b>	<b>503</b>
--	------------

**PEDRO DE OLIVEIRA MAGALHÃES**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Ex-Advogado do Instituto Brasília Ambiental (IBRAM/DF). Ex-Defensor Público do Estado do Espírito Santo. Ex-Promotor de Justiça do Estado do Amapá. Graduado em Direito pela Universidade*



Paulista (UNIP). Pós-Graduado em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPFT). Máster en Proceso Penal y Garantismo pela Universitat de Girona, Espanha. Atualmente é titular da 6ª Promotoria de Justiça da comarca de Corumbá, Mato Grosso do Sul.

**COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL: PERSPECTIVAS DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ..... 513**

**LUDMILA DE PAULA CASTRO SILVA**

Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Assessora Especial do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo-USP (aprovada com distinção - *summa cum laude*). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia-MG. Pós-graduada, em nível de especialização, em Crime Organizado, Corrupção e Terrorismo pela Universidade de Salamanca-Espanha, em Direito Constitucional pela UNIDERP e em Direito Processual pela UNISUL. Graduada em Direito e Letras pela Universidade Federal de Uberlândia. Professora da Escola de Direito do Ministério Público-MS e do Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Segurança Pública e Fronteiras da UEMS-Dourados-MS.

**PERSPECTIVAS PARA O DIREITO PROCESSUAL ELETRÔNICO NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ..... 527**

**Paulo César Zeni**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Procurador-Geral Adjunto de Justiça Institucional do MPMS. Titular da Promotoria de Justiça de Direitos Humanos da comarca de Campo Grande. Presidente do Comitê Gestor do Processo Eletrônico do MPMS. Coordenador da Comissão de Pesquisa e Inovação em Inteligência Artificial do MPMS. Mestre em Direito pela Fundació Universitat de Girona, Espanha. Especialista em direito Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/MS. Autor do livro “Fundamentos do Processo Judicial Eletrônico e a Defesa dos Direitos no Ciberespaço” (Ed. Fórum).

**O SISTEMA ACUSATÓRIO E A GESTÃO DA PROVA ..... 567**

**Paulo Cezar dos Passos**

Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. de 2016-2018. Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União de 2019-2020. Conselheiro Nacional do Ministério Público. Mestre pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Doutorando pela Faculdade de Direito do Largo do São Francisco (USP).

**MPMS** | **Ministério Público**  
MATO GROSSO DO SUL

**ESMP** | **Escola Superior do**  
**Ministério Público**  
MATO GROSSO DO SUL

 **ASMMMP**  
Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público

# COMENTÁRIOS À PROPOSTA DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

2022 | Porto Alegre







# ANÁLISE HISTÓRICA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A NECESSIDADE DA EFETIVA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Fábio Ianni Goldfinger<sup>1</sup>

Alexandre Magno Benites de Lacerda<sup>2</sup>

## 1 MODELO ATUAL DO PROCESSO PENAL

Há uma estreita ligação entre o sistema político com o processo penal, pois reveste-se através das características do modelo de Estado, expressando a política adotada pela Carta Magna para equilibrar os direitos e as garantias individuais com a exigência do controle do Estado sobre a criminalidade.

Trata-se de uma conexão íntima entre o direito processual penal e as normas constitucionais, influenciado as opções legislativas sobre a questão, bem como a existência de uma consequência direta no comportamento das partes processuais, na vida social e na própria função do processo penal, o qual nos últimos anos tem sido objeto de problemas inéditos<sup>3</sup>.

Os Estados modernos, por sua vez, são marcados, através de Textos constitucionais, pela contenção ao poder político e a submissão à lei, repercutindo em toda a conformação dos sistemas legais, assim como no âmbito do sistema jurídico-penal.

Nesse contexto, ganhou notoriedade o princípio da legalidade, a partir do Iluminismo, refletido nos âmbitos do direito penal e do processo penal, exercendo, basicamente, a mesma função: a necessidade de se conter o arbítrio judicial, configurando um instrumento de garantia atribuído ao cidadão (garantismo penal).

Essa complexa questão abordada no contexto de um sistema jurídico-penal democrático é a adequada composição entre as funções de garantia e o seu dimensionamento na efetividade e na eficácia da estruturação do processo penal. Exige-se do Estado de Direito que o processo penal proteja a segurança dos cidadãos e a confiança das instituições.

A Constituição Federal e as convenções internacionais de direitos humanos devem orientar e guiar essa complexa tarefa do processo penal

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do MPMS. Diretor da Escola do MPMS. Mestre em Processo Penal (PUC-SP). Professor de Processo Penal e Penal pela Unigran-Capital. Autor de diversas obras jurídicas.

<sup>2</sup> Procurador-Geral de Justiça do MS. Presidente do Grupo Nacional de Defesa do Patrimônio Público e do Grupo Nacional dos Coordenadores Eleitorais do Ministério Público brasileiro - CNPG. Possui pós-graduação "latu sensu" em Direito Penal e Processo Penal pela UCDB. Mestre em Direito em Penal, Processo Penal e Garantismo pela Universidade de Girona-Espanha.

<sup>3</sup> FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Lisboa: Almedina, 2001, p. 88.

de promover garantias (acusado) e efetividade (vítima e sociedade) dentro do sistema penal de modo a equilibrá-los.

A harmonização entre os interesses de garantia de liberdade e a efetividade/eficiência do processo penal deve expressar, de forma igualitária, as preocupações e os estudos do sistema jurídico-penal. Um modelo processual que possa equilibrar a atuação do Estado, ou seja, as garantias do acusado e o cumprimento das finalidades político-criminais do sistema é de extrema necessidade.

Muito embora, ao longo dos anos, o processo penal tenha evoluído em razão da influência das Constituições, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a enfrentar novos problemas que assolaram a sociedade pós-moderna<sup>4</sup>, o que exigiu o aperfeiçoamento da legislação processual penal e uma interpretação das normas processuais mais condizentes com a realidade contemporânea.

## 2 BASES HISTÓRICAS DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Resumidamente, a história do direito processual penal está dividida em dois grandes períodos. De início, surgiram as figuras dos glosadores, dos práticos e dos precursores<sup>5</sup>. Os glosadores limitavam-se às notas ao direito romano do Império<sup>6</sup>. Posteriormente, vieram os pós-glosadores, em meados do século XIII, muito embora não abandonando o direito romano, procuravam soluções para os problemas da época, demonstrando sensibilidade à necessidade do seu tempo<sup>7</sup>. Os práticos realizaram uma exposição sistemática, apresentando alguma técnica<sup>8</sup>. Já na metade do século XVIII, no período humanitário do direito penal, houve uma incidência pela busca de uma

<sup>4</sup> Utiliza-se a expressão “pós-modernidade” para referenciar as mudanças ocorridas nas artes, ciências e nas sociedades desde 1950, ou seja, trata-se de um “novo contexto pautado por novos paradigmas: cibernética, robótica industrial, biologia molecular, medicina nuclear, tecnologia de alimentos, terapias psicológicas e religiões alternativas, climatização, técnicas de embelezamento, a mídia (da televisão à internet), a revolução tecnológica dos meios de comunicação, o aumento do consumo, o hedonismo e a busca constante da autossatisfação, o niilismo, enfim, inúmeras circunstâncias e características que alteram profundamente todas as formas de controle social”. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; BECHARA, Fábio Ramazzini. Acordo de não persecução penal e restrições de cabimento a partir dos mandados constitucionais de criminalização. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Scheider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Justiça consensual**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 421.

<sup>5</sup> SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1937.

<sup>6</sup> São destaques dessa época: Placentino, Anzo, Rofredo e Accurcio, entre os romancistas: Tancredo, Godofredo Durante, entre os canonistas. Conferir: SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1937.

<sup>7</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 8.

<sup>8</sup> São doutrinadores da época: Júlio Clarus, Próspero Farinacio, Benedito Carpsov e Antonio Matheus (Alemanha), Gardins, Damouder, nos países baixos. SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1937, p. 10.

legislação criminal harmonizada com princípios de justiça e humanidade, surgindo doutrinas<sup>9</sup> que marcaram época, como a de Cesare Beccaria, através do *Dei delitti e della pene*, como um “grito de revolta contra a prática judiciária de então [...]”<sup>10</sup>.

Por sua vez, o segundo período foi marcado pelo Código Napoleônico de 1808. Nesse período, originou-se estudos mais completos, separados do direito penal, e mais ponderados sobre o processo penal<sup>11</sup>.

No contexto do processo penal brasileiro, ao tempo do descobrimento do Brasil, vigoravam as Ordenações Manuelinas, seguidas pelo Código de D. Sebastião. No início, teve vigência a Ordenação Filipina, na qual o livro V tratava dos crimes, das penas e do processo<sup>12</sup>. As Ordenações Filipinas foram aplicadas no país por mais de dois séculos, até mesmo após a independência. Em matéria de processo penal, as Ordenações Filipinas repetiram, em grande parte, o conteúdo de outras Ordenações. O juízo criminal era separado do cível, embora o sistema processual criminal ordinário das Ordenações Filipinas tivesse a mesma ordem e solenidade do processo civil ordinário naquilo que fosse adaptado<sup>13</sup>.

Através do Aviso de 28 de agosto de 1822, no Brasil, o Príncipe D. Pedro mandou que os juízes criminais observassem o disposto na Constituição da monarquia portuguesa de 10 de março de 1821. Com a promulgação da Constituição Política do Império de 1824, foram estabelecidos diversos preceitos e princípios garantidores de um processo criminal diferente daquele que vigorava através do Livro V das Ordenações, prevendo as garantias mais caras ao espírito liberal do século<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Entre outros nomes surgiram: Filangieri, Vauglans, Romagnosi, Pascoal José de Melo Freire e Pereira e Souza. Conferir: NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 8.

<sup>10</sup> SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1937, p. 10.

<sup>11</sup> Por isso, durante essa época foram surgiram diversos escritores pela Europa e no Brasil, distinguindo-se em tratados, comentários e monografias: na Itália, Carrara, Tolomei, Canonico, Buccellatti, Pessina, Puglia, Lucchini, entre outros; na França, Faustin Helie, Ortolan, Boitard, Garraud e outros; na Bélgica, Haus; Inglaterra: Bentham, Blackstone, Ammond, e outros; na Alemanha e Áustria, produtivos trabalhos sobre processo penal foram elaborados, como as obras de Stubel, Herke, Feurbach, Bauer, Mohl Zachariae, Mittermaier, Binding, Goyer, Mayer, Jank e Kohler. No Brasil, nessa época, destacam-se os estudos de Bernardes Cunha, Ramalho, Pimenta Bueno e João Mendes de Almeida Jr. SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1937, p. 10.

<sup>12</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 8.

<sup>13</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru, SP: Jalovi, 1983, p. 61-69.

<sup>14</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 117.

Fundado o Império, abriu-se ao processo penal um período para a reação às leis opressoras da monarquia portuguesa, resultando na elaboração do Código de Processo Criminal de 1832, que estabeleceu anseios humanitários e liberais que permearam a nação, acentuando um espírito anti-inquisitorial a demonstrar, portanto, ser um estatuto processual de grandes méritos<sup>15</sup>.

O Código de Processo Criminal foi influenciado pelo Código Napoleônico, por isso, adotado foi o procedimento misto ou eclético, embora se submetesse a diversas regras do sistema inquisitório. O legislador da época estabeleceu um meio termo entre o procedimento acusatório, vigente na Inglaterra, e o misto, adotado pela França, este inquisitivo na fase instrutória e acusatório na fase de julgamento, tratando-se, no entanto, de um perfil mais liberal<sup>16</sup>.

O Código de Processo Criminal (arts. 138, 141 e 206)<sup>17</sup> permitia a juízes iniciarem a ação penal em razão de deveres previstos, procedimento mantido mesmo após a Proclamação da República, o Código Penal de 1890 e as Consolidações das Leis Penais<sup>18</sup>. Porém, o Código em questão logo foi modificado pela Lei n. 3/1841, regulada pela parte criminal do Decreto n. 120/1842, ao modificar o sistema para fortalecer o governo na escolha de juízes e promotores, além de conferir à autoridade policial atribuições judiciais para a formação de culpa e pronúncia – essa orientação permaneceu até a Lei n. 2.033/1871, regulada pelo Decreto n. 4.824/1871<sup>19</sup>.

Esses atos normativos fortaleceram o reacionarismo político e serviram de instrumentos para o governo imperial debelar a desordem, impor sua autoridade e criar um aparelhamento policial altamente armado e centralizado, de maneira a efetivar sua autoridade legal e trazer o Poder Judiciário ao controle do Poder Executivo, além de conferir poderes judiciais às polícias que serviam ao governo, numa espécie de policialismo hipertrofiado<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 118.

<sup>16</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru, SP: Jalovi, 1983, p. 103.

<sup>17</sup> BRASIL. Código de Processo Penal (1832). “Art. 138: O Juiz procederá a auto de corpo de delicto a requerimento de parte, ou ex-officio nos crimes, em lugar a denúncia”; “Art. 141: Nos casos de denúncia, ainda que não haja denunciante, o Juiz procederá à inquirição de testemunhas na forma do artigo antecedente, fazendo autoar o auto de corpo de delicto se o houver”; “Art. 206: Não havendo queixa, ou denuncia, mas constando ao Juiz de Paz que se tem infringido as posturas, lei policial, ou termo de segurança, e de bem viver, mandará formar auto circunstanciado do facto, com declaração das testemunhas, que nelle hão de jurar, e citar o delinquente na forma do artigo antecedente”. PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru, SP: Jalovi, 1983, p. 215-233.

<sup>18</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru, SP: Jalovi, 1983, p. 116.

<sup>19</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 8-9.

<sup>20</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva,

A Lei de 3 de dezembro não conseguiu cumprir aos reclamos sociais na luta contra o crime e a impunidade delinquentes e foi por mais de 30 anos combatida, objeto de constantes pedidos de reformas pelo Parlamento imperial. A reforma, no entanto, só veio em 1871, ao colocar fim no policialismo reacionário e à separação da justiça e polícia, trazendo algumas inovações ao processo penal como a figura do inquérito policial, vigente até hoje.

Com a Proclamação da República, o processo penal encontrou-se regulamentado pelo Decreto n. 4.824 e pela Lei n. 2.033/1871, iniciando, assim, uma nova fase na história do processo penal brasileiro. A Constituição de 1891 estabeleceu importantes regras de processo penal<sup>21</sup> e atribuiu aos Estados a faculdade de legislar sobre processo, porém, nem todos o fizeram<sup>22</sup>.

Posteriormente, a Constituição de 1934 pôs um fim ao sistema pluralista, estabelecendo a competência da União para legislar sobre direito processual (art. 5º, XIX, “a”), além de prever, no art. 11 de suas Disposições Transitórias<sup>23</sup>.

Antes do CPP/1941, a primeira tentativa de se construir um sistema processual penal unitário para o Brasil foi através do *Projeto Vicente Ráo*, onde foram nomeados Bento de Faria, Plínio Casado e Gama Siqueira, para que fosse elaborado um projeto ao Presidente que modificasse a legislação processual penal. Em 15 de agosto de 1935, após o texto ter sido finalizado pelo Ministro da Justiça Vicente Rao, o projeto finalmente foi apresentado, trazendo como principal novidade a criação do juizado de instrução, suprimindo-se o inquérito policial. A polícia judiciária continuava possuindo funções investigatórias ao lado do juiz instrutor, assegurando, assim, mais garantias de defesa e a simplificação da ação penal<sup>24</sup>.

Embora os contextos político e jurídico – o Estado Novo e a Carta Constitucional de 1937 – tenham impedido a discussão e a possibilidade

---

1980, p. 118-119.

<sup>21</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru, SP: Jalovi, 1983, p. 159-160.

<sup>22</sup> O Estado de São Paulo, por exemplo, nunca teve um Código de Processo Penal, por isso, utilizava-se de leis que revogavam ou complementavam a legislação do Império. Sobre os Estados que criaram suas legislações processuais penais, conferir: PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru, SP: Jalovi, 1983, p. 161-165.

<sup>23</sup> O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal.

<sup>24</sup> Ainda, os seguintes juristas compuseram esse trabalho: Antônio Eugênio Magarinos Torres, José Miranda Valverde, Mário Bulhões Pedreira, Haroldo Valadão, Astolpho Rezende, Melcíades Mário de Sá Freire, Cândido de Oliveira Filho e Carlos Maximiliano dos Santos.

de aprovação do projeto Vicente Rao, o novo texto constitucional manteve a unidade processual, fixando a competência da União para legislar sobre direito processual (art. 16, XVI, da CF/1937).

O CPP/1941 manteve, em várias passagens, previsões já contidas no Projeto de Vicente Rao, algumas delas, reproduzindo literalmente expressões ali utilizadas, inovando, porém, em outros pontos. Diante disso, o Projeto Rao chegou a ser considerado mais liberal e progressista que o CPP/1941 em vários aspectos, embora em outros deles tenha se mantido mais conservador<sup>25</sup>.

O fenômeno do populismo Vargas, surgido por volta de 1930, permitiu tanto o Estado como o presidente pessoalmente angariarem poder a partir do apoio das elites brasileiras. Como resultado disso, em 1937, foi instaurada uma ditadura sem precedentes na história brasileira, chamada de Estado Novo, que perdurou até 1945. Nesse período, viveu-se uma forte repressão policial no país, a censura à imprensa e a difusão de uma ampla propaganda em defesa do regime ditatorial. As polícias estaduais e a polícia especial possuíam liberdade para, de forma rígida, prender, torturar e assassinar pessoas que se opusessem ao regime implantado.

Em paralelo ao regime político que se instalava, o crescimento econômico e a implantação de direitos trabalhistas levaram à conquista de amplo apoio popular; enquanto isso, assembleias legislativas e Câmaras Municipais eram fechadas e o Poder Judiciário se subordinava ao Poder Executivo.

Amparado no discurso de que o comunismo tomaria o poder, Getúlio Vargas outorgou a Constituição de 1937, com inspiração fascista italiana, auxiliado por alguns intelectuais, dentre eles, Francisco Campos, que, posteriormente, veio a elaborar a exposição de motivos do CPP/1941.

O regime vigente à época não tolerava oposição, que deveria ser neutralizada, ainda que fosse com o uso da força. Vigorava um regime totalitário, conservador e reacionário que se afastava de conceitos como democracia, direitos fundamentais e respeito à dignidade, todos fundamentos apontados à época como obra demoníaca e fruto de ideias comunistas, cujos defensores recebiam o rótulo de inimigos do Estado e amigos da impunidade<sup>26</sup>.

O sistema criminal foi utilizado pelo governo da época para controlar a população, sob a justificativa de se manter a ordem e a disciplina na sociedade. Era reflexo do processo penal a necessidade de que o acusado fosse combatido, por ser considerado um inimigo do Estado e da sociedade.

<sup>25</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1. Florianópolis, SC: Tirant lo Blanch, 2018, p. 342-345.

<sup>26</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [s.l.], v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/8>. Acesso em: 9 fev. 2022.

Assim, o processo penal foi utilizado como um instrumento político para neutralizar o réu e sua submissão às necessidades do Estado e do poder acusatório, no viés persecutório e punitivo. O sistema penal, como um todo, tornou-se à época um mecanismo de repressão, braço do poder e prolongamento do uso da força do Estado autoritário. Os direitos dos suspeitos eram mantidos de forma secundária, visto que o acusado tinha por obrigação colaborar com o Estado.

Tanto o Código italiano (1930) como o Código Penal brasileiro (1940) se valeram da tradicional colaboração de renomados juristas (método técnico-jurídico) para a confecção de suas codificações sem que houvesse o controle final da representação popular, através de uma legitimação constitucional em que se permitia o afastamento do parlamento (no caso do Código de Processo Penal brasileiro) e através da delegação (no caso do Código de Processo Penal italiano). O meio utilizado para se retirar a competência do parlamento, em ambos os casos, foi uma demonstração de força para reformar um importante ramo do direito<sup>27</sup>.

Na Itália, o regime fascista (1925-1930) se afirmava, período em que ocorriam reformas constitucionais e ampliação de poderes do Chefe do Executivo. Da mesma forma, o Estado Novo (1937-1940) estava no auge. Getúlio Vargas conseguiu eliminar do cenário político o parlamento, mantendo-o apenas como previsão formal.

A confecção dos Códigos na Itália pós-unitária ocorreu através de ampla delegação legislativa, e assim requerida pelo Chefe do Executivo, ao ministro da justiça Alfredo Rocco para que trabalhasse nos códigos penal e de processo penal. A delegação imobilizou o controle do parlamento, restando a este último apenas a elaboração de um parecer consultivo sobre o trabalho.

Vincenzo Manzini, um dos principais penalistas italianos do período fascista, foi um dos responsáveis pela elaboração do código de processo penal italiano, a mando de Alfredo Rocco. Embora Vincenzo Manzini tenha mencionado que o Código Rocco foi produto de um homem só, um *codex unius auctoris*, a doutrina observa a sua própria participação na elaboração do texto, pois Manzini era considerado um tradicional partidário dos métodos inquisitórios, penalista de mão pesada e um entusiasta da orientação técnico-jurídica<sup>28</sup>, texto esse “esculpido a golpes de machadinha”.

Embora o parlamento italiano tenha tentado controlar a extensão desse poder, a maioria deferiu o pedido de confiança ao Ministro Rocco,

---

<sup>27</sup> NUNES, Diego. Processo legislativo para além do Parlamento em Estados autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. **Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016, p. 154-156.

<sup>28</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1. Florianópolis, SC: Tirant lo Blanch, 2018, p. 278.



que possuía ampla liberdade de ação para realizar as soluções mais técnicas e adequadas para “retoques”. Sua ideia, no entanto, não era “substituir” o código vigente<sup>29</sup>.

Rocco defendeu aquele modelo de delegação. Sustentava a complexidade das reformas dos Códigos de direito privado demonstrando que o governo necessitaria de mais poderes para a reforma penal; argumentava, ainda, que seria impossível discutir um Código artigo por artigo no parlamento, pois a maioria dos seus integrantes não teria conhecimento técnico sobre o assunto e, para além disso, atividade dessa natureza paralisaria a casa legislativa<sup>30</sup>.

Todo o esforço político empregado à época para se permitir a mão forte do governo na elaboração do Código de Processo Penal resultou efeito, conforme descreve Diego Nunes:

Em 1930, o novo código traidor da delegação apresentou-se muito mais radical, pensando apenas na reprimenda da pena de morte induzida pela nova visão quanto aos crimes contra o Estado como adaptação ao novo momento político, que resultou na “fascistização” da legislação penal, inserindo a lógica de exceção dos *Provvedimenti per la difesa dello Stato* na nova codificação<sup>31</sup>.

As normas processuais do Codice Rocco tinham os fins necessários para atender às finalidades exigidas pelo novo regime, pois desenvolviam abertamente uma matriz inquisitória, na qual em nenhuma das fases se permitia a participação do defensor, além de afastar garantias ao acusado. Rocco ainda criou uma “forte torsão autoritária” na magistratura, expressando uma visão fascista, de maneira que os magistrados rapidamente foram absorvidos pelo espírito do fascismo<sup>32</sup>.

Embora o Código tivesse construído um sistema misto típico da tradição italiana, o processo penal tornou decisivos e irreversíveis os elementos investigatórios colhidos, de forma a orientar a instrução judicial imodificável. As provas produzidas durante a instrução não previam a possibilidade

<sup>29</sup> NUNES, Diego. Processo legislativo para além do Parlamento em Estados autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. **Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016, p. 159-160.

<sup>30</sup> NUNES, Diego. Processo legislativo para além do Parlamento em Estados autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. **Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016, p. 159.

<sup>31</sup> NUNES, Diego. Processo legislativo para além do Parlamento em Estados autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. **Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016, p. 164.

<sup>32</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1. Florianópolis, SC: Tirant lo Blanch, 2018, p. 282.



de atuação da defesa. A prisão preventiva era a regra, retomando a prisão automática sobre “presumidos culpados”, os prazos peremptórios de prisões cautelares foram eliminados e as nulidades graves não acarretavam nulidades absolutas, tendo em vista que todas eram sanáveis. Ainda, os recursos eram taxativos, com várias restrições, como a negativa ao direito de recorrer do acusado considerado evadido<sup>33</sup>.

Ampliaram-se os poderes do Ministério Público (equiparando-os aos do juiz) tornando o arquivamento um ato administrativo simples; desapareceram os limites instrutórios, visto que os defensores não participavam da fase de instrução preliminar, pois sua dispensa justificava-se diante do trabalho honesto de autoridades imparciais e oniscientes<sup>34</sup>.

O Código Rocco poderia ser descrito como “misto com prevalências inquisitórias”. Após a investigação na fase preliminar, eram valorados os elementos encontrados para submeter o acusado ou não ao processo e, caso se entendesse não haver provas, o Ministério Público iria arquivá-lo diretamente, sem qualquer controle pela autoridade judicial<sup>35</sup>.

Em um contexto similar ao italiano foi gestado o novo Código de Processo Penal brasileiro, ou seja, em um ambiente cultural, político e ideológico ditatorial do “Estado Novo”, influenciado pelo Código Rocco, com forte inspiração fascista. Essa foi a ideologia penetrada na doutrina, na jurisprudência, no ensino jurídico e na política criminal brasileira que levou à edição do Código de Processo Penal de 1941 – vigente ainda hoje no país – embora já bastante modificado.

Antes da elaboração do novo Código de Processo Penal, Narcélio Queiroz, Cândido Mendes de Almeida, Vieira Braga, Roberto Lyra e Nelson Hungria redigiram um projeto para a reforma do júri que resultou no Decreto-Lei n. 167/1938, o primeiro diploma processual penal elaborado para o país após a unificação do processo<sup>36</sup>.

Em seguida, foi promulgado, em 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal brasileiro, que contou com a participação de Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra, Florêncio de Abreu e Cândido Mendes, depois substituído por Margarino Torres, com exposição de motivos redigida pelo Ministro Francisco Campos. Como o Código foi elaborado em um período

<sup>33</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1. Florianópolis, SC: Tirant lo Blanch, 2018, p. 282-283.

<sup>34</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1. Florianópolis, SC: Tirant lo Blanch, 2018, p. 283.

<sup>35</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1. Florianópolis, SC: Tirant lo Blanch, 2018, p. 284.

<sup>36</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 124.

ditatorial, o projeto não foi antecipadamente veiculado em larga escala para promover a colaboração de juristas de todo o país, assegurando assim o método técnico-jurídico<sup>37</sup>.

Dentre os motivos que endereçam a inspiração italiana na elaboração do CPP/1941, é possível destacar:

o primeiro deles reside na quantidade significativa de citações e referências a penalistas e processualistas italianos, além das constantes menções a Alfredo ROCCO. Nas discussões sobre o processo penal, praticamente impossível encontrar-se artigo que, tratando da matéria concernente ao novo código, não deixasse de invocar ensinamentos de Arturo ROCCO e especialmente MANZINI<sup>38</sup>.

As principais marcas desse Código de Processo Penal de 1941 são de natureza inquisitorial, embora algumas delas já tenham sido modificadas, seja através de alterações legislativas, ou em razão de decisões judiciais, de forma a compatibilizá-lo com o sistema processual vigente na Constituição Federal de 1988.

Na perspectiva de José Frederico Marques, o Código de Processo Penal, embora tenha esboçado fidelidade aos postulados do sistema acusatório,

não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica<sup>39</sup>.

O CPP/1941 apresentou dispositivos de ideologia da busca da verdade real, permitindo ao juiz de ofício requisitar inquérito policial (art. 5º, II, do CPP/1941), determinar a produção de provas (art. 156 do CPP/1941), inquirir testemunhas (art. 209 do CPP/1941), decretar prisão preventiva

<sup>37</sup> São expoentes do processo penal brasileiro pós-República: João Mendes de Almeida Jr., Galdino Siqueira, Costa Manso, Cândido Mendes, Firmino Whitaker, João de Oliveira Filho, Flôrencio de Abreu, Vicente de Paula, Hélio Tornaghi, João Canuto Mendes de Almeida e José Frederico Marques.

<sup>38</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1. Florianópolis, SC: Tirant lo Blanch, 2018, p. 351.

<sup>39</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 125.

(art. 311 do CPP/1941), condenar o réu mesmo sem pedido da acusação (art. 385 do CPP/1941), dar uma qualificação jurídica diversa da acusação, mesmo sem defesa do ofendido (art. 383 do CPP), e recorrer de ofício mesmo sem ato da acusação (arts. 589 e 601 do CPP/1941)<sup>40</sup>.

Outra marca desse sistema inquisitorial foi a prevalência da potestade punitiva sobre o *statuts libertatis*, conforme se notou da realização de interrogatório sem a presença da defesa, ausência de defesa prévia, remessa de recurso sem razões ou contrarrazões (arts. 589 e 601 do CC/1941) e manifestação obrigatória da acusação em segundo grau sem o exercício do contraditório<sup>41</sup>.

Como o Código Rocco, a presunção de culpa do acusado era outra marca característica desse Código, no qual a prisão processual era a regra, mesmo sem o exame crítico de provas. A gestão de provas pelo juiz, marcante no sistema inquisitório, foi implantado no CPP/1941, assim como a transformação do sujeito/acusado em objeto de prova<sup>42</sup>.

Em sua doutrina, José Frederico Marques registrou duras críticas à promulgação do CPP/1941:

A promulgação do Código de Processo Penal foi uma decepção. Esperava-se, depois de sancionados o Código de Processo Civil e o Código Penal, que constituíam diplomas de todo propícios a incentivarem uma profunda renovação cultural e científica – que do mesmo teor fosse o conteúdo do estatuto de processo penal. Eis senão quando vem à luz um código ronceiro, atrasado, sem nenhuma sistematização, e que não passava de nova edição de obsoletos códigos locais até então em vigor. Verificava-se, melancolicamente, que em muitos institutos retrogradávamos ao invés de progredir, pois que o novo Código, além de sua ancianidade cultural coeva do direito intermédio, vinha reformar para pior muito do que existia nas legislações estaduais<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [s.l.], v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/8>. Acesso em: 9 fev. 2022.

<sup>41</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [s.l.], v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/8>. Acesso em: 9 fev. 2022.

<sup>42</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [s.l.], v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/8>. Acesso em: 9 fev. 2022.

<sup>43</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller,

Porém, como observa José Frederico Marques, onde o “fascismo indígena” de 1937 “mostrou os dentes” foi na legislação sobre a repressão de crimes políticos, através do Tribunal de Segurança, “de tão triste memória, e o seu processo inquisitivo e sem garantias”<sup>44</sup>. Esse órgão se estabeleceu à época como permanente e autônomo da justiça especial, possuindo competência para os crimes que atentassem “contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular” (art. 122, 17, da CF/1937).

Os Decretos-Lei n. 88/1937 e n. 431/1938 organizaram a composição, o processo e o julgamento dos crimes afetos a este Tribunal: “era o que havia de mais iníquo e inquisitorial, policialesco e reacionário, em matéria de procedimento penal”<sup>45</sup>. O inquérito policial nesses processos era tido como verdadeiro (formação de culpa), de maneira que as garantias de uma instrução com contraditório e ampla defesa foram praticamente abolidas. Assim, após a formação da culpa pelo polícia-política, em segredo, os réus prostravam-se perante a força do juiz-estado (ligados ao Poder Executivo), podendo arrolar apenas três testemunhas de defesa e proferir alegações finais em exíguo prazo de tempo.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, em 1945, uma onda de liberalismo e de democracia atingiu os países ocidentais e a América Latina, fazendo surgir no Brasil, em 1946, uma nova Constituição. Embora o cenário político da época apresentasse instabilidade, surgia um constitucionalismo moderno, de maneira que não bastava apenas o Estado não interferir na liberdade e nos direitos dos cidadãos, mas deveria também assegurar-lhes positivamente direitos e garantias.

Abria-se, assim, um espaço para mudança na legislação processual penal cunhada em anterior período autoritário, com a perspectiva de se assegurar direitos e garantias fundamentais.

### 3 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Ao longo dos anos, diversas foram as tentativas de se reformar totalmente o CPP/1941, porém, apenas parcial e pontualmente, alguns dispositivos foram ajustados, tornando-o um retalho de dispositivos processuais.

Em 1963, foi entregue ao ministro da Justiça João Mangabeira, do Governo Jânio Quadros, anteprojeto do Código de Processo Penal, constituído por 806 artigos. Hélio Tornaghi, entre outros, participou de uma Comissão

---

1997, p. 125.

<sup>44</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 125.

<sup>45</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 125.

instalada através do Decreto n. 51.005/1961, que criou o Serviço de Reformas de Códigos. O anteprojeto, no entanto, não chegou a ser apresentado ao Poder Legislativo tendo em vista a renúncia do presidente Jânio Quadros e o afastamento de seu sucessor, João Goulart – o projeto também não foi viabilizado no governo seguinte de Castelo Branco.

Em 1967, o Decreto n. 61.239/1967 criou a Comissão de Coordenação e Revisão dos Códigos vigentes, que aproveitou estudos e propostas já elaborados. A José Frederico Marques coube apresentar um Anteprojeto para modificar o CPP<sup>46</sup>. Em 1974, foi republicado o anteprojeto revisado e modificado pelos membros da subcomissão, remetido pelo então presidente Ernesto Geisel ao Congresso Nacional, através da Mensagem n. 159/1975 – o anteprojeto foi, então, convertido em Projeto de Lei n. 633/1975, objeto de intenso debate e de diversas sugestões de emendas, mas não avançou.

Outra comissão foi constituída pelo Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel (Hélio Fonseca, Francisco Assis Toledo e Manoel Pimentel), baseada em sugestões e exames do Projeto de Lei n. 633/1975. Tendo em vista a variedade de sugestões apresentadas, formou-se nova comissão revisora (Francisco Assis Toledo – coordenador, Jorge Alberto Romeiro, José Frederico Marques e Rogério Lauria Tucci), cujo trabalho resultou, em 1983, na apresentação ao Congresso Nacional em um projeto de reforma que recebeu o n. 1.655/1983<sup>47</sup> e o n. 175/1984 no Senado. Em grande parte, foi mantido o projeto de José Frederico Marques, que teve várias sugestões acolhidas durante os debates. O projeto tramitou por sete anos no Congresso Nacional até ser retirado pelo Poder Executivo, em novembro de 1989.

Em 1992, ainda diante da necessidade de mudanças no diploma processual penal, o ministro da Justiça Célio Borja deixou ao encargo do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira a presidência de uma comissão para

---

<sup>46</sup> A portaria do então ministro da Justiça Alfredo Buzaid, em 1970, designou Frederico Marques, agora como presidente da Subcomissão Revisora do Anteprojeto do Código de Processo Penal, Benjamim Moraes Filho, José Salgado Martins e José Carlos Barbos Moreira Alves para revisarem o projeto.

<sup>47</sup> Na Exposição de Motivos n. 212, de 9 de maio de 1983, podemos encontrar algumas linhas das inovações propostas: a) simplificação do sistema procedimental, designadamente do recursal, com a instituição de procedimento sumaríssimo adequado ao julgamento das causas de menor relevância e das atinentes aos denominados delitos de trânsito; b) utilização de gravação sonora ou meio equivalente, onde seja possível e conveniente, na audiência de instrução e julgamento; c) poder de aplicação, pelo juiz, de medidas alternativas à prisão provisória, de acordo com as recomendações da Organização das Nações Unidas em Congresso realizado em 1980 em Caracas, Venezuela, sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquentes; d) criação de órgão colegiado de primeira instância, para julgamento, em grau de recurso, das causas processadas em rito sumaríssimo, visando ao desafogo dos trabalhos dos tribunais; e) simplificação do procedimento relativo aos processos de competência do Tribunal do Júri, particularmente no tocante à formulação de quesitos.

encaminhá-lo<sup>48</sup>. Diversamente dos anteprojetos anteriores, essa comissão foi orientada a proceder para uma reforma pontual do CPP/1941, voltado ao princípio constitucional do devido processo legal, em atenção às garantias das partes, à simplificação e à eficiência dos procedimentos. Uma vez publicados os anteprojetos de reformas, o ministro da Justiça Maurício Corrêa instituiu uma Comissão Revisora, através da Portaria n. 349, presidida pelo ministro do STJ, Sálvio Figueiredo Teixeira, e composta por Ada Pellegrini Grinover e outros juristas<sup>49</sup>.

Em seguida, criou-se uma Comissão de Sistematização composta pelos professores Antônio Magalhães Gomes Filho, Luiz Flávio Gomes e Rogério Lauria Tucci, que apresentou 16 anteprojetos modificativos do CPP, abordando, dentre outros temas, inquérito policial, prova ilícita, defesa efetiva, prisão e outras medidas restritivas. As principais alterações propostas<sup>50</sup> no procedimento ordinário foram: contraditório prévio ao recebimento da acusação, oralidade, imediação, concentração dos atos processuais e identidade física do juiz; proteção da pessoa da vítima, com a fixação de um valor indenizatório mínimo, sem prejuízo da liquidação e execução da sentença penal condenatória; necessidade de o magistrado manifestar-se, de forma fundamentada, acerca da prisão ou de outra medida restritiva, quando da pronúncia; regulamentação da prova pericial e testemunhas, com inadmissibilidade da prova ilícita.

Todas as sugestões foram reunidas em seis projetos, encaminhadas pelo ministro da Justiça Alexandre Dupeyrat Martins ao presidente Itamar Franco e, posteriormente, remetidas à Câmara dos Deputados. Um dos projetos foi transformado em Lei e alterou o CPP/1941<sup>51</sup>, mas os demais foram retirados de pauta<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Foram nomeados o ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (coordenador) e Sidney Agostinho Beneti (secretário dos trabalhos). Compuseram ainda, os membros Antônio Carlos de Araújo Cintra, Antônio Carlos Nabor Areias de Bulhões, Francisco de Assis Toledo, Inocêncio Mártires Coelho, Luiz Carlos Fontes de Alencar (Ministro do Superior Tribunal de Justiça), Miguel Reale Júnior, Paulo José da Costa Júnior, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo.

<sup>49</sup> Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Nabor Bulhões, Aristides Junqueira de Alvarenga, Cid Flaquer Scartezzini, Edson Freire O'Dwyer, José Barcelos de Souza, Fátima Nancy Andrighi, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Weber Martins Baptista, além de Luiz Flávio Gomes.

<sup>50</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [s.l.], v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/8>. Acesso em: 9 fev. 2022.

<sup>51</sup> O PL n. 4.897/1995, que altera normas em relação à citação por edital, foi transformado na Lei n. 9.271/1996, modificando o art. 366 do CPP/1941. Por sua vez, o PL n. 4.895/1995, que dá nova disposição ao inquérito policial, foi retirado pelo autor em junho de 1996, tendo em vista a aprovação da Lei n. 9.099/1995 (Lei do Juizado Especial).

<sup>52</sup> Foram retirados de pauta: o PL n. 4.896/1995, sobre provas obtidas por meio ilícito, retirado pelo

Em 1999, o ministro da Justiça, à época José Carlos Dias, constituiu uma nova Comissão para a reforma do CPP/1941, conferindo o prazo de 90 dias para a apresentação das sugestões. Formou-se nova Comissão sob a presidência de Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon Filho como secretário, entre outros juristas<sup>53</sup>.

Para as reformas pontuais do CPP/1941, a Comissão orientou-se nos trabalhos do Código de Processo Penal para a Ibero-América, modelo estruturado na Convenção Americana de Direitos Humanos, fonte inspiradora para a reforma de diversos Códigos de Processo Penal na América Latina, como Argentina, Guatemala, Costa Rica, Bolívia, Paraguai e Venezuela<sup>54</sup>.

Os trabalhos foram iniciados com a apresentação de projetos em 1994, pelo ministro da Justiça da época, contudo, o objetivo era apresentar projetos pontuais, pois a reforma total, embora necessária, mostrou-se inexecutável, seja pela morosidade da tramitação legislativa de Códigos, seja pela dificuldade do Congresso Nacional para aprovar um novo Estatuto em sua integralidade – portanto, constatado que tudo milita contrariamente à ideia de uma reforma global do processo penal<sup>55</sup>.

Cada membro da Comissão ficou responsável por uma proposta específica<sup>56</sup>. Posteriormente, foram enviados ao Congresso Nacional alguns anteprojetos de lei, a maioria deles transformados em Lei: a) o PL n. 4.203/2001 (transformado na Lei n. 11.689/2008, que trata de dispositivos relativos ao Tribunal do Júri); b) o PL n. 4.205/2001 (transformado na Lei n. 11.690/2008, sobre a produção de provas por meios ilícitos); c) o PL n. 4.207/2001 (transformado na Lei n. 11.719/2008, sobre dispositivos relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos, muito embora vetado parcialmente); d) o PL n. 4.208/2001 (sobre prisão,

---

Executivo em janeiro de 1996; o PL n. 4.898/1995, referente à prisão de natureza cautelar, retirada pelo Executivo, tendo em vista necessidade de reexame da matéria; o PL n. 4.899/1995, sobre critérios para cabimento de agravo e embargos de declaração, encaminhado ao Senado, em janeiro de 1996, que passou a ser identificado PLC n. 7/1996, porém, foi retirada pelo Executivo em maio do mesmo ano; e o PL n. 4.900/1995, sobre o tribunal do júri, retirado pelo autor em 1996.

<sup>53</sup> Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (substituído por Rui Stoco), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

<sup>54</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Código modelo de Processo Penal para Ibero-américa: 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 30, p. 41-50, 2000, p. 41-50.

<sup>55</sup> A reforma do processo penal, texto apresentado como introdução aos anteprojetos de lei de reforma do Código de Processo Penal, publicado na **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 33, jan.-mar. 2001, p. 304-312.

<sup>56</sup> Ada Pellegrini Grinover – provas ilícitas; Antônio Magalhães Gomes Filho – investigação policial; Antonio Scarance Fernandes e Nilzardo Carneiro Leão – prisão preventiva; Luiz Flávio Gomes – interrogatório; Petrônio Calmon Filho – procedimentos; Sidnei Beneti – recursos.



medidas cautelares, liberdade e outras providências, transformado na Lei n. 12.403/2011; e) o PL n. 4.210/2001 (transformado na Lei n. 10.258/2001, sobre prisão especial). O PL n. 4.201/2001, referente ao interrogatório e à efetividade do direito de defesa, foi incluído na Lei n. 10.792/2003.

Outra reforma pontual do CPP/1941 que marcou profundamente as estruturas e os institutos do processo penal foi a Lei n. 13.964/2019<sup>57</sup> (Lei Anticrime), por influenciar diretamente no modelo de sistema processual penal vigente.

Essa mescla de modificação de dispositivos alinhados ao Texto Constitucional com outros ainda em vigor do CPP/1941 traz a necessidade de se elaborar verdadeiros contorcionismos jurídicos para a correta interpretação sistêmica do Código na contemporaneidade.

É certo que as leis, quando elaboradas antes da nova ordem constitucional, são ou não recepcionadas, tendo em vista os princípios da supremacia da Constituição e da continuidade da ordem jurídica, devendo essas normas serem interpretadas conforme as ordens constitucionais que lhe dão existência. O CPP/1941, embora recepcionado e interpretado de acordo com a Constituição, não possui compatibilidade em diversos pontos com o sistema processual penal constitucional. É o que esclarecem Hermínio Alberto Marques Porto e Roberto Ferreira da Silva sobre as reformas pontuais do Código de Processo Penal:

[...] [essas reformas] constituem remendos, que descaracterizam o sistema, criam, na verdade, um não-sistema, por falta de coerência lógico-constitucional. Imperiosa a reforma total do Código de Processo Penal brasileiro, a fim de formar um sistema harmônico e coeso, com fundamentos constitucionais em seu nascedouro, como forma de solidificar as características do Estado social e democrático de direito no sistema processual penal brasileiro<sup>58</sup>.

A necessidade de um novo CPP/1941, compatível com o princípio acusatório e demais correlatos previstos na Constituição Federal de 1988,

<sup>57</sup> Essa Lei alterou substancialmente alguns dispositivos do CPP/1941 e de várias outras legislações processuais penais, inserindo a figura do juiz das garantias, a proteção à cadeia de custódia e o acordo de não persecução penal, além de tratar do uso indevido de provas ilícitas, da audiência de custódia e inserir outras mudanças que impactaram o modelo acusatório do processo penal.

<sup>58</sup> PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira da Silva. Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 606.



como visto, demanda um longo e intenso debate. Não se pode olvidar que a reforma das legislações ou o nascer de um novo Código seja algo repentino, sem intensos debates e que sejam considerados todos os anteriores projetos, muitos discutidos por longos anos.

Após as últimas reformas pontuais do CPP/1941, voltou-se a discutir a imprescindível necessidade de total reformulação do processo penal. Como pondera Ricardo Jacobsen Gloeckner, o motivo da necessidade de se fixar reformas e microrreformas processuais penais, a exemplo da Itália, apenas contribui para encobrir dispositivos autoritários, sustentando um “inquisitório eterno” em terras brasileiras<sup>59</sup>, a constatar a necessidade de uma completa reforma no processo penal, o que se tem denominado de pós-acusatório.

Conforme se observa, após a publicação e a vigência do CPP/1941, foram várias as tentativas para reformar e modificar as normas processuais penais visando a adaptação e a evolução jurídica e política do Estado. A necessidade de uma reforma global do CPP/1941 surgiu com maior intensidade após a promulgação da CF/1988, pois a estrutura “inquisitorial” do CPP/1941 tornou-se incompatível com a estrutura acusatória prevista no âmbito da nova Carta, conforme apontado por grande parte da doutrina.

Independentemente da denominação de sistema processual adotado, é necessário que o CPP/1941 esteja alinhado aos valores democráticos da Carta Magna de 1988, centrado no princípio acusatório, no devido processo legal, na ampla defesa, no contraditório, na publicidade e na imparcialidade, entre outros princípios correlatos. Mudanças pontuais são insuficientes, pois induzem o sistema a situações conflitantes, colocando-o totalmente em risco. As últimas reformas, por exemplo, provocaram um emaranhado de normas processuais penais que retiraram a coerência sistêmica inerente ao Código vigente. Anota-se, ainda, que o Brasil é um dos poucos países na América Latina, senão o único, que ainda não reformou seu sistema processual penal, para assegurar uma diretriz processual efetivamente acusatória<sup>60</sup>, fundada em valores democráticos.

---

<sup>59</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1. Florianópolis, SC: Tirant lo Blanch, 2018, p. 335.

<sup>60</sup> Os países latino-americanos nas décadas de 1950 e 1970, em razão da instabilidade política vivenciada e a maioria com governos militares, não possuíam interesses em modificarem a legislação processual penal, pois não tinham como preocupação a prática de crimes e os direitos humanos, vez que na grande maioria das vezes os crimes eram tratados à margem da lei e com violência. Diante disso, não havia incentivos para que fossem reformados os Códigos Processuais Penais. Com a reabertura da democracia na década de 1980, início dos anos 1990, ao superarem os períodos de ditaduras, houve uma tendência à implementação do sistema adversarial na América Latina, como oposição ao modelo de processo inquisitorial que fundamentava os regimes autoritários.

Por essa razão, o Presidente do Senado Federal, José Sarney, nomeou uma comissão de juristas<sup>61</sup> em mais um esforço legislativo, cuja tarefa foi a de apresentar um anteprojeto global de reforma do CPP/1941, pois não há mais espaço para mudanças pontuais, em razão de questões históricas, práticas ou teóricas. Após diversas reuniões e audiências, foi apresentado um anteprojeto encaminhado ao Senado Federal (PLS 156) que tramitou entre os dias 22/04/2009 e 23/03/2011, tratando de uma reforma global do diploma processual penal.

Uma preocupação desse Projeto não era apenas explicitar o princípio acusatório, aliás, como o fez a reforma do CPP/1941 inserida pela Lei n. 13.964/2019 (art. 3º-A), mas esclarecer seus contornos mínimos e sua compatibilização sistêmica com as normas constitucionais e internacionais, em especial de direitos humanos. Temas como a vedação da atividade probatória na fase de investigação criminal pelo juiz e a instituição do juiz das garantias, como a consolidação do princípio acusatório, também foram tratados nesse Projeto.

O afastamento do Poder Judiciário das investigações criminais foi outro ponto concretizado, na medida em que o produto oriundo de uma investigação criminal se dirige ao órgão de acusação, intervindo o Poder Judiciário somente quando violados direitos e garantias fundamentais, por exemplo, a prisão. As medidas cautelares foram compreendidas nesse Projeto dentro da estrutura básica do modelo acusatório, não permitindo ao juiz de ofício iniciar qualquer medida cautelar.

Após aprovação plenária da redação final do texto, foi enviado à Câmara dos Deputados em 23/03/2011 onde passou a tramitar o PL n. 8.045/2010, que recebeu diversas emendas, inúmeros PL apensados, e resultou em incontáveis audiências e reuniões.

Com o deputado João Campos na relatoria do Projeto de Lei e a deputada Margareth Coelho a frente de um Grupo de Trabalho, a Câmara dos Deputados, em 26/04/2021, apresentou um texto substitutivo oficial ao Projeto do Novo Código de Processo Penal.

Certo é que tanto no Projeto originado no Senado Federal (PL n. 156), como no Projeto apresentado na Câmara (PL n. 8.045) para a elaboração de um novo diploma processual penal, a influência da Constituição Federal de 1988 é marcante, em especial, a efetivação e a estruturação do sistema acusatório, há tempos clamado pela doutrina e presente em diversas decisões judiciais.

---

<sup>61</sup> Compôs a comissão de juristas o Ministro do STJ, Hamilton Carvalhido (presidência), Antonio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

A reforma global do processo penal ainda é uma exigência doutrinária, uma necessidade para se compatibilizar as normas processuais penais ao modelo de processo previsto em normas constitucionais.

#### 4 A INFLUÊNCIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL NO MODELO DE PROCESSO PENAL

A necessidade de uma reforma global do processo penal é urgente (e inevitável), pois a legislação do CPP/1941 não encontra sustentação perante a atual ordem Constitucional. O modelo de processo penal deve estar embasado nas normas constitucionais, além de tratados internacionais de direitos humanos, para, assim, possuir uma sistematização coesa e segura da aplicação da norma processual.

O pós-guerra mundial foi marcado por um cenário de forte poder estatal intervencionista em relação ao ser humano, razão pela qual os países sentiram a necessidade de inserir em suas constituições regras garantistas, que impunham ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos e garantias individuais. No âmbito internacional, ocorreu o fenômeno de constitucionalização dos direitos e garantias do acusado, abrindo espaços para o surgimento de legislações<sup>62</sup> processuais penais voltadas à defesa desses direitos.

Ainda, os países firmaram compromissos e declarações conjuntas visando a proteção em seus territórios aos direitos básicos do indivíduo, como a Declaração dos Direitos Universais do Homem (1948); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966); e a Convenção dos Direitos Humanos (1992), além de diversos outros pactos e tratados internacionais que abrangeram a proteção ao ser humano.

Os tratados também trouxeram motivações de ordens repressivas, os mandados de criminalização internacional, provocando países a punirem determinadas condutas criminosas, em especial dirigidas a indivíduos mais vulneráveis, a reprimir os crimes de terrorismo e aqueles cometidos por organizações criminosas.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, ao prever um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/1988) contemplou diversas regras destinadas a assegurar direitos individuais e coletivos, além de determinar maior repressão a alguns delitos mais específicos (art. 5º, XLIII).

Os princípios de política processual de uma nação seguem a política estatal em geral, assim, uma Constituição autoritária servirá a um processo

---

<sup>62</sup> Nas décadas de 1950 a 1970, muitos países da América Latina, como o Brasil, passavam por uma fase de instabilidade política, com governos civis enfraquecidos ou governos autoritários. Foi apenas na década de 1980, ou melhor, no início dos anos 1990, que vários países eram início à reforma em suas legislações processuais penais.

penal autoritário, mas uma Constituição democrática servirá a um processo penal democrático, conforme explica Antonio Scarance Fernandes:

o processo penal não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si os valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar em seu poder punitivo e o de assegurar ao Estado mecanismos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar a sua liberdade<sup>63</sup>.

A Constituição Federal, em razão desse íntimo relacionamento entre processo penal e Estado, trouxe em seu bojo não só princípios ou diretrizes constitucionais sobre o tema, mas verdadeiras normas jurídicas, de maneira que o legislador e os atores jurídicos envolvidos devem segui-las. Quaisquer das normas infraconstitucionais que contrariarem as normas constitucionais ou norma de tratado sobre direitos humanos devem ser retiradas do ordenamento jurídico em decorrência do vício de inconstitucionalidade.

As normas processuais penais devem se espelhar na opção política determinada pelo Estado, levando os desafios dos Estados pós-modernos e dos pesquisadores do direito processual penal a “descobrir como delinear o processo penal de forma eficiente, isto é, que proteja os direitos fundamentais pautados na dignidade da pessoa humana, sem esquecer da necessária defesa da sociedade”<sup>64</sup>.

Como visto, ao optar pela democracia, o processo passou a ser um instrumento colocado à disposição do cidadão para proteger suas garantias constitucionais, um modo de atuação política do processo. Nesse passo, dentro de um sistema processual penal democrático, as normas processuais penais devem encontrar inspiração e fundamento vindos dos mandamentos constitucionais para, então, buscar a validade e a produção de efeitos no ordenamento jurídico vigente.

Essa relação da Constituição com as normas processuais penais faz superar o sentido do caráter meramente instrumental do processo, na medida em que todas as normas constitucionais estão revestidas de uma carga política-

<sup>63</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 22.

<sup>64</sup> PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira da Silva. Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 590.

ideológica, transplantada para dentro das normas processuais. Não por outra razão, as normas processuais que contrariarem ou não forem compatíveis com as normas e os princípios constitucionais, que contém os fundamentos institucionais e políticos da legislação infraconstitucional, são alvos de controle de constitucionalidade e de convencionalidade.

O processo penal, como instrumento a serviço da democracia, tem a função de assegurar os direitos e garantias fundamentais, tanto da vítima quanto dos acusados em geral, como também proteger a sociedade através da normatização penal de bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal.

A influência constitucional é que determinará qual o sistema processual penal a ser adotado, modelando a estrutura e a fundamentação infraconstitucional da atuação penal do Estado sobre a sociedade através do processo penal.

Como já afirmado alhures, imprescindível uma reforma global do Código de Processo Penal, afim que seja sobreposto a ele todos os princípios e normas vigentes na ordem constitucional vigente, andando positivamente o Congresso Nacional em se empenhar para uma mudança estrutural nas normas processuais penais.

## REFERÊNCIAS

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Lisboa: Almedina, 2001.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; BECHARA, Fábio Ramazzini. Acordo de não persecução penal e restrições de cabimento a partir dos mandados constitucionais de criminalização. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Scheider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Justiça consensual**. São Paulo: JusPodivm, 2022.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1937.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 8.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru, SP: Jalovi, 1983.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1. Florianópolis, SC: Tirant lo Blanch, 2018, p. 342-345.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [s.l], v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/8>. Acesso em: 9 fev. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Código modelo de Processo Penal para Ibero-américa: 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 30, p. 41-50, 2000, p. 41-50.

A reforma do processo penal, texto apresentado como introdução aos anteprojetos de lei de reforma do Código de Processo Penal, publicado na **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 33, jan.-mar. 2001, p. 304-312.

PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira da Silva. Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 606.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 22.





## DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: NOTAS AO NOVO CPP

Allan Thiago Barbosa Arakaki<sup>65</sup>

**Resumo:** O presente artigo aborda o Título I, do projeto do novo Código de Processo Penal, cognominado “*Dos princípios fundamentais*”. Nessa senda, oportuno abordar os artigos propostos na redação a ser analisada pelas Casas Legislativas, traçando, sobretudo, um paralelo com algumas similitudes já existentes nos dispositivos legais atuais, bem como analisar as mudanças e seus impactos. Para tanto, a fim de elaborar o atual trabalho, utiliza-se da doutrina, da jurisprudência e se envida a realizar um filtro do projeto proposto, mediante o uso do método dedutivo.

**Palavras-chave:** princípios fundamentais – disposições preliminares – novo código de processo penal.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. O atual panorama das disposições preliminares do Código de Processo Penal. 3. A proposta dos princípios fundamentais no novo CPP. 4. Conclusão. 5. Referências.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Perpassados 78 anos sob a égide do atual Código de Processo Penal, por meio do Decreto-Lei nº 3.689/41, a sociedade clama, com razão, por uma nova legislação que se coadune com a pós-modernidade. Nesses anos que se esvaíram pelo tempo, exurgiram novas nuances na seara processual penal e penal: os sujeitos processuais ganharam mais força, como o papel do assistente de acusação; o Ministério Público assumiu roupagem diversa e adquiriu uma autonomia de relevo para o desempenho de seus misteres; sobreveio o processo digital com seus benefícios e desafios; implantou-se a audiência de custódia, por resolução do CNJ, e o acordo de não persecução penal, pelo CNMP; dentre outros assuntos.

Não só no campo jurídico houve mudanças substanciais, mas também no contexto político: de um período de instabilidade política pela recém-saída da fase ditatorial do Estado Novo, vigente então a Carta Magna de 1937, outorgada e de nítido viés autoritário (ARAÚJO, NUNES JÚNIOR, 2007, p. 93-4), passados sucessivos acontecimentos e por várias Constituições

---

<sup>65</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Doutorando pela UNIMAR. Máster em Fundamentos da Responsabilidade Civil pela Universidade de Girona/ES. Especialista em Direito Público pela Uniderp. Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pelo CERS.

Federais, migrou-se para o período democrático, mediante a Constituição Cidadã de 1988. Enfim, é mais do que evidente o hiato abissal que se formou e se intensificou entre a legislação processual penal e a sociedade em seu sentido mais amplo, ainda que, nesse interregno, muitas modificações tenham sido feitas no bojo daquela.

A outrora legislação, atualmente retrógada, formulada em um período de instabilidade, com contornos autoritários, não mais acompanha as dinâmicas sociais por maior que seja o esforço que se faça para tanto por meio de emendas. Estas, como se observou pelo passar dos anos, tornaram-se pontuais, trabalhando determinado problema de forma unilateral a fim de debelá-lo, contudo, tiveram pouca efetividade sob um espectro sistêmico.

Nesse contexto, reverbera mais do que oportuna e necessária a gestação de uma nova legislação processual penal, com contornos atuais, qualificada, sobretudo, pela robustez da Constituição Cidadã e suas diretrizes. A Carta Magna deve, nesse processo de formulação, tocar e fixar o norte da legislação processual que deverá segui-la.

Imbuído de tal premissa, o presente artigo trata do Título I, do projeto do novo Código de Processo Penal, batizado de “Dos princípios fundamentais”, rubrica extremamente importante e que não possui igual correspondência na atual legislação processual penal. Com efeito, nesta, atualmente apenas há, como paralelo – o mais parecido-, um título cognominado “*Disposições gerais*”, com apenas três artigos legais, sendo que alguns deles se encontram totalmente inoperantes e obsoletos.

A proposta da legislação processual penal de iniciar sob a rubrica de princípios é de nodal importância e de repercussão ímpar, cuja interpretação demanda as seguintes ideias: a) os princípios possuem força normativa e são importantes para o sistema normativo processual, tal qual as normas-regras; b) os princípios não se exaurem apenas sob tal pecha formal, podendo ser colhidos em outros diplomas, no seio da legislação e, principalmente, na Constituição Federal. Ambos os pontos declinados demonstram, com clareza solar, a importância de o legislador tratar, em separado, como princípios fundamentais os artigos por ele declinados, muito embora alguns dos enunciados possuam caráter inevitável de disposições preliminares.

Para tanto, faz-se neste estudo o uso da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e se aplica na realização daquela o método dedutivo, iniciando-se a análise em face do atual panorama das disposições preliminares do Código de Processo Penal. Após, ingressa-se na proposta formulada à redação do novel diploma, quanto à parte objeto deste artigo.

Feitas as considerações iniciais, considerando a pretensão pragmática do corrente artigo, mister se faz analisar o atual panorama das “Disposições Gerais” a fim de contextualizar o leitor.

## 2 O ATUAL PANORAMA DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

As disposições preliminares são os artigos que se aproximam melhor do que foi tratado no projeto do novo Código de Processo Penal como princípios fundamentais. Nesse eito, conforme sedimentado, é possível, desde logo, observar que, além de ser extremamente lacônica a rubrica tida como nota introdutória da legislação processual, vez que é tratada em apenas 3 artigos, muitos dos itens contidos nela estão em desuso.

É de clareza solar a inutilização de boa parte do art. 1º do atual Diploma Processual Penal, visto que, por exemplo, ao dispor acerca da aplicabilidade deste em todo o território brasileiro, excetua os tratados, convenções e regras de direito internacional (I); as prerrogativas constitucionais do Presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República e dos ministros do STF nos crimes de responsabilidade (II); os processos de competência da Justiça Militar (III); os processos da competência do tribunal especial (IV) e os processos por crime de imprensa (V).

A começar, o dispositivo legal não realça a importância dos tratados, convenções e regras de direito internacional, os quais atualmente assumiram papel importantíssimo dentro do ordenamento jurídico pátrio, sobretudo, com a promulgação da EC nº 45/2004, em se tratando de direitos humanos, aprovado na forma do art. 5º, §3º, da CF/88. Hoje, a dicotomia entre legislação interna e internacional, em oposição conflitiva, e a noção de soberania clássica foram mitigadas, adotando-se uma noção mais flexível e global, máxime na proteção dos direitos humanos. Tal conjuntura exige, por conseguinte, uma nova concepção do papel do Direito Internacional, sobretudo no que concerne à sua importância e comunicação perene com o Direito Penal, o que não se observa na mera literalidade do art. 1º, I, do atual CPP.

Ainda, outro problema reside, quando o dispositivo legal faz alusão aos processos da competência do tribunal especial, referido no art. 1º, IV, do CPP, os quais tinham previsão sob o pálio da Carta Magna de 1937, outorgada durante a ditadura do Estado Novo. Referida Carta Fundamental, no art. 122, item 17, fazia referência a um colegiado *sui generis* para julgamento de crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular, o que evidentemente não encontra amparo em canto algum na Constituição Cidadã de 1988.

De igual maneira, ao se referir à restrição da legislação processual aos processos por crime de imprensa, encontrava ainda certo eco jurídico, eis que vigia a Lei nº 5.250/67, garantindo aplicabilidade ao dispositivo em apreciação. Sucede, contudo, que acertadamente o Supremo Tribunal Federal, na

ADPF-DF 130, Rel. Min Ayres Brito, DJ: 30/04/2009<sup>66</sup>, sacralizou a não

<sup>66</sup> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. 10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. 10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição,

recepção da mencionada lei pela Carta Magna de 1988, daí porque se tornou praticamente inútil a redação do art. 1º, V, do CPP.

O art. 2º do atual diploma processual penal cinge a adotar o princípio *tempus regit actum*, isto é, em se tratando de lei processual a sua aplicabilidade é imediata, sem prejuízo dos atos praticados quando vigente a lei antecedente. Como é cediço, é de extrema relevância distinguir a natureza do dispositivo legal – se penal ou processual penal-, pois, em se enquadrando na primeira opção, aplicar-se-á a legislação mais benéfica ao infrator. Em contrapartida, caso se amolde a segunda opção, pouco importa se a lei é mais benéfica ou não ao investigado, sendo aplicável a lei que vige no momento da prática do ato processual em virtude do princípio *tempus regit actum* (NUCCI, 2012, p. 117).

O problema, portanto, reside em conhecer quando a lei possui natureza penal ou processual, emergindo, portanto, como imprescindível analisar a legislação, sob o enfoque do *status libertatis*. Ora, se o ato normativo traz implicações diretas no *status libertatis*, fulminando-o ou maximizando-o, resta clara a natureza penal, como, por exemplo, no caso da decadência, prescrição e perempção. Por outro lado, se a lei apenas regulamenta um rito, um procedimento a ser seguido, contudo, não se relaciona direta ou imediatamente ao *jus puniendi*, revelada está a natureza processual penal propriamente dita.

Em que pese a distinção no aspecto teórico parecer simples, muitas vezes na prática se complica. Um exemplo era a questão da mudança da lei processual quando já estava a fluir o prazo recursal. O que fazia o recorrente em tal caso? Utilizaria a legislação anterior, posto que a decisão objurgada fora publicada anteriormente ou, tendo em vista que interporia o recurso sob o pálio da lei nova, deveria se adaptar a ela? Enfim, apareceram questões práticas difíceis de resolver em face do laconismo da legislação vigente.

---

seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de “interpretação conforme a Constituição”. A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso. (STF, ADPF/DF 130, Rel. Min Ayres Brito, DJ: 30/04/2009)

O artigo 3º da atual codificação processual penal das disposições introdutórias é sucinto ao estatuir ser possível a aplicação analógica e a interpretação extensiva e a utilização dos princípios gerais do direito, sendo esta última expressão novamente reproduzida na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei 4.657/42-, em seu art. 4º, *in fine*.

Pois bem, o anacronismo da expressão “princípios gerais do direito”, utilizada na literalidade do dispositivo mencionado reproduz a realidade pretérita. A grande dificuldade que se antecipa de antemão é de se definir o que viriam a ser os princípios gerais do direito e como resolver os casos de colisões e conflitos entre eles? Qual deles valeria mais? No avanço da marcha do tempo, observa-se pujante o desafio, de um lado, garantir-se e efetivar o princípio da duração razoável do processo – art. 5º, LXXVIII, da CF/88-, sem se afastar dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Por óbvio que, no exemplo mencionado, os princípios não se polarizam, mas o desafio é a busca da harmonização entre eles e da fórmula a ser concebida caso a caso, sem respostas previamente prontas e estabelecidas.

Nesse eito, não basta ser genérico e lacônico ao se prever, por si só, a utilização do clichê genérico dos princípios gerais do direito. São necessárias maiores minúcias e diretrizes a fim de se perscrutar a natureza da legislação a ser definida, passível de ser interpretada histórica e teleologicamente na forma do art. 5º do Decreto-Lei 4.657/42-. porquanto nenhum legislador, por mais atento que seja, conseguirá talhar, em uma fase de pós-modernidade e de fluidez das dinâmicas sociais, com perfeição, o arcabouço normativo perfeito. Assim sendo, ressoa como imprescindível a fixação de diretrizes atuais na legislação processual penal, como seu verdadeiro pórtico, contudo, fugindo de fórmulas vazias, permitindo, para tanto, ao intérprete da norma haurir o sentido em uma perspectiva sistemática, histórica e teleológica.

Traçado o panorama que atualmente emerge das disposições introdutórias do Código de Processo Penal, o que é mais próximo da rubrica tratada neste trabalho, passa-se a analisar a redação apresentada pelo novo projeto.

### **3 A PROPOSTA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NO NOVO CPP**

Ao iniciar o projeto da legislação processual nova, o legislador, logo no art. 1º, atendendo a tendência cada vez mais pujante da força dos instrumentos de Direito Internacional, estatui que o processo penal é regido pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> “Art. 1º O processo penal rege-se, em todo o território nacional, por este Código, bem

Ora, conforme escrito alhures, a conjuntura atual demonstra ser tendência a importância haurida por instrumentos do Direito Internacional, com reconhecido impacto sobre as legislações internas. Verifica-se tal fenômeno com a mitigação da noção de soberania, estanque e hermético de outrora, em favor de um sistema de complementaridade entre os Estados. Isso evidentemente repercute nos mais diversos âmbitos das relações internacionais, como comércio, economia, política e no plano jurídico.

Nesse eito, foi possível observar o reconhecimento do caráter de supralegalidade<sup>68</sup> das normas oriundas de tratados de Direitos Humanos não submetidos ao rito do art. 5º, §3º, da CF/88, no julgamento, perante a Suprema Corte, do RE 466.343, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ:03/12/2008. Em igual sentir, as audiências de custódias, dispostas na Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, cujo principal fundamento jurídico consiste no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Enfim, os exemplos mencionados demonstram, com clareza inequívoca, que tratados e convenções internacionais, subscritos pelo Brasil, geram impactos do Direito Interno, o que refrata a sua admissão como fonte do Direito.

Por outro lado, há necessidade de se melhorar a redação de tal artigo, mais precisamente na parte em que o enunciado concerne à observância aos “*princípios fundamentais constitucionais*”, eis que tal locução pode gerar dúvidas interpretativas, o que pode conduzir o intérprete a um equívoco.

Com efeito, a expressão destacada, em seu sentido literal, pode se confundir com os art. 1º, 3º e 4º da Constituição Federal, afastando, contudo, do art. 5º, a cuja alusão o legislador parece querer fazer referência em uma visão sistêmica. Isso porque a Carta Maior faz referência a princípios e fundamentos,

---

como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil.”

<sup>68</sup> (...) diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da CF/1988 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada (...), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. ( STF, RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009).



mais especificamente nos art. 1º, 3º e 4º, enquanto no art. 5º, por sua vez, em que pese haver entendimento doutrinário de que há princípios, há verdadeira amálgama entre normas que refratam direitos e outras que ecoam garantias.

A fim de dissipar interpretações errôneas e imprimir maior fidedignidade ao que parece ser a intenção do legislador, mister se faz evitar a expressão “princípios constitucionais fundamentais”, optando pela nomenclatura mais ampla “princípios, direitos e garantias fundamentais”, albergando uma gama de maior abrangência.

O art. 2º da proposta da novel legislação processual penal<sup>69</sup>, além de novamente fazer referência à Carta Cidadã, mencionando o devido processo legal constitucional e as garantias processuais, possui fundamental relevância, eis que encerra um debate anteriormente existente acerca da aplicabilidade de limites às medidas de segurança.

Com efeito, durante um tempo razoável, havia certa divergência a respeito da aplicação de limites do *jus puniendi* estatal, previstos na legislação penal, às medidas de segurança. Muito embora a jurisprudência da Suprema Corte já tivesse se sedimentado favoravelmente à limitação, por força do art. 5º, XLVII, b, da CF/88, havia decisões em contrário. A respeito do assunto, colham-se, por oportuno, os acórdãos abaixo colacionados:

“AÇÃO PENAL. Réu inimputável. Imposição de medida de segurança. Prazo indeterminado. Cumprimento que dura há vinte e sete anos. Prescrição. Não ocorrência. Precedente. Caso, porém, de desinternação progressiva. Melhora do quadro psiquiátrico do paciente. HC concedido, em parte, para esse fim, com observação sobre indulto. 1. A prescrição de medida de segurança deve calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se-lhe o prazo com o início do seu cumprimento. 2. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. 3. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação” (STF, HC 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Dje 26.6.2009 – grifos nossos).

<sup>69</sup> “Art. 2º As garantias processuais previstas neste Código serão observadas em toda forma de intervenção penal, incluindo as medidas de segurança, com estrita obediência ao devido processo legal constitucional.”



RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INIMPUTABILIDADE. MEDIDA DE SEGURANÇA. TESE DISTINTA DA CAUSA DE ISENÇÃO DE PENA. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE. INTERNAÇÃO. MARCO TEMPORAL. PENA MÁXIMA ABSTRATAMENTE PREVISTA PARA O DELITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o instituto da prescrição é aplicável na medida de segurança, estipulando que esta “é espécie do gênero sanção penal e se sujeita, por isso mesmo, à regra contida no artigo 109 do Código Penal” (RHC n. 86.888/SP, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ de 2/12/2005).
2. Sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento no sentido de que a prescrição nos casos de sentença absolutória imprópria é regulada pela pena máxima abstratamente prevista para o delito. Precedentes.
3. Na hipótese, não se verifica o transcurso do prazo prescricional aplicável entre os marcos interruptivos.
4. Recurso improvido. (STJ, RHC 39.920/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 12/02/2014).

O art. 2º do projeto do Código de Processo Penal busca sepultar definitivamente o debate a respeito dos limites impostos à medida de segurança e, corretamente, determina aplicar-se a ela as garantias processuais, com estrita observância do devido processo constitucional por se tratar de uma forma de sanção penal.

A questão que exsurge quanto ao enunciado da proposta é a sua menção, de forma ampla a genérica, à aplicação das garantias processuais a todas as formas de intervenção penal, o que, de fato, pode gerar inconvenientes. Reside aí uma oportunidade grande ao legislador para definir, com expressões mais concretas e restritas, se as garantias, nelas compreendidas a ampla defesa e contraditório, por exemplo, aplicam-se a processos penais apenas ou então de forma mitigada a procedimentos administrativos, inquéritos penais, Termos Circunstanciados ou então não se aplicam a estes.

Verbera como fundamental uma postura do legislador quanto à extensão das garantias: se seu desiderato é que se amplie para abranger os procedimentos administrativos, inquéritos policiais e Termos Circunstanciados ou se limite à fase processual. Tradicional e majoritariamente, prevalece a natureza inquisitorial dos expedientes extrajudiciais mencionados alhures, o que afastaria a aplicabilidade das garantias àqueles. Tal concepção, contudo, tem recebido, de fato, relativização e temperamento, como, por exemplo, no caso da Súmula Vinculante nº 14.

Considerando que não é a pretensão aqui polemizar e sim propor esclarecimentos, é momento adequado aqui, na elaboração do Código de Processo Penal, o próprio legislador ditar a tônica do diploma a ser gerado. Deve, para tanto, explicitar seu intuito de forma cristalina, seja para se aplicar as garantias a todos os procedimentos, inclusive, aos que possuem tradicional caráter inquisitorial, retirando deles esta característica, o que poderá inclusive fulminar a efetividade de algumas diligências investigativas, ou se é para restringir somente à fase de ação penal.

Adere-se, no presente artigo, conforme escrito acima, à postura enunciada pela Comissão Especial do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, para a qual deveria ser restringido literalmente a aplicabilidade das garantias apenas à fase processual. Isso porque, quando houver situações de conluio e em casos de complexa rede de organização criminosas, descaracterizar os procedimentos classicamente inquisitoriais, dando-lhes feições acusatórias, frustrarão as diligências investigativas e, além disso, os órgãos responsáveis por tal fase não possuem estrutura para a oferta de tanto. Recomendável, portanto, sem prejuízo do esclarecimento necessário à redação legal, que se restrinja sua amplitude expressamente à fase processual.

Seguindo a linha do garantismo, o art. 3º da proposta da novel legislação processual penal<sup>70</sup> cristaliza o contraditório e a ampla defesa como pedras angulares dentro do processo penal. Com efeito, o dispositivo legal menciona expressamente que todo processo penal será feito por meio do contraditório e a ampla defesa, a ser observado em todas as fases procedimentais.

Norma similar é adotada na legislação processual civil, impondo ao juiz que zele pela observância do efetivo contraditório em relação a ambas as partes, conforme o art. 7º do CPC, daí porque, a rigor, não se cuida de novidade, até mesmo porque pela redação proposta no projeto o contraditório e a ampla defesa ficariam assegurados nos procedimentos na fase processual.

É imperioso rememorar que a densidade do princípio do contraditório e da ampla defesa não é simplória e não consiste apenas em dar ciência

<sup>70</sup> Art. 3º Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais.

à defesa, mas vai além desse pensamento. De fato, ele pode ser compreendido como: a) o direito de informação, obrigando a se informar à parte adversa os atos praticados no processo e o que há nele, sobre o que fundamentará o ato decisório; b) o direito de manifestação, isto é, a defesa possui direito de manifestar oral ou por escrito sobre os elementos existentes no processo, inclusive, a de ser derradeira antes da decisão; c) o direito de consideração, significando que o julgador deve contemplar os argumentos articulados, exigindo-se capacidade, apreensão e isenção de ânimo para a apreciação séria a detida (MARMELSTEIN, 2013, p.178).

No Processo Penal, conforme destacam Dirley da Cunha Júnior e Marcelo Novelino (2011, p. 93), para a implementação plena desta garantia constitucional, são asseguradas a defesa técnica, cujo exercício é feito pelo advogado do acusado, bem como a autodefesa, exercida pelo próprio interessado. Em virtude do bem jurídico que com que a seara penal lida, que é a liberdade, não é possível qualquer transigência quanto à defesa técnica no âmbito processual.

Partindo da premissa delineada, é constatável que a pretensão do projeto da nova legislação processual penal é de incorporar, na linha do garantismo, com maior ênfase e veemência, os princípios da ampla defesa e do contraditório, resguardando-lhes maior expressão e efetividade. Nesse galgar, são fartos os exemplos da redação proposta no bojo do novo Código de Processo Penal como, por exemplo: a) garantia de acesso pleno de todo o material produzido na investigação criminal, salvo diligências em andamento, o que compreende a possibilidade de consulta ampla, com apontamentos, extração de cópias e outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material (art. 11, caput, e Parágrafo Único); b) direito do investigado de ser ouvido pela autoridade antes do término da investigação criminal (art. 12, caput); c) A possibilidade de o investigado poder, por meio de advogado, identificar fontes de prova em favor da defesa (art. 13).

O art. 4º da proposta do novo Código de Processo Penal<sup>71</sup>, por sua vez, supre uma lacuna, deixando explícita a adoção da estrutura acusatória, contudo, de forma contraditória, veda ao magistrado a substituição da atuação probatória do órgão acusatório, exceto quando for em benefício das garantias do investigado.

A adoção do sistema acusatório impõe que as funções estabelecidas entre os órgãos que participam do processo penal e da investigação sejam bem diferenciadas, limitadas e separadas: quem julga não acusa e nem investiga; quem acusa ou investiga não julga – *actum trium personarum* (RANGEL,

---

<sup>71</sup> Art. 4º - O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz, salvo em favor das garantias do investigado, na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

2013, p.49-50). Tal fórmula é necessária para o resguardo da imparcialidade da autoridade judicante no confronto dos elementos coligidos por outros personagens do processo penal (GRAU, 1994, p. 23).

Convém esclarecer que, na estrutura acusatória definida no projeto foi acrescida a impossibilidade da iniciativa probatória do juiz, exceto em favor das garantias do investigado, o que representa uma ofensa ao sistema acusatório e à paridade de armas. Isso porque, se o que peculiariza o sistema acusatório é a divisão das funções de defender, julgar e acusar, não faz sentido restringir-se a atuação probatória do magistrado e somente franqueá-la para fins defensivos. Cria-se, assim, um desequilíbrio, fazendo o juiz assumir um papel que não é o seu, qual seja, de defensor.

Ademais, a vedação da iniciativa probatória ao magistrado deve ser tomada com cautela. Com efeito, o ônus da prova cabe às partes envolvidas, contudo, em razão do princípio da busca da verdade real e considerando o *status libertatis* é objeto de atuação na esfera penal, mister se faz que o magistrado possa atuar sim, de forma complementar e subsidiária às partes, para dirimir eventuais pontos que tenham ficado pendentes de esclarecimentos.

Não se quer com isso dizer que ao magistrado caberá substituir às partes em matéria probatória e muito menos que o ônus lhe compete, mas sim somente reconhecer a possibilidade complementar e subsidiária de fazê-lo para encontrar a verdade real. Nesse panorama, acaso a prova beneficie a acusação ou a defesa pouco importa, eis que, considerando que a Justiça Penal lida com o bem mais caro do indivíduo (*status libertatis*), razoável o papel complementar do magistrado.

Aliás, o próprio art. 165, parágrafo único, do projeto de Código de Processo Penal admite que o magistrado atue de forma complementar para esclarecer dúvidas pendentes em matéria probatória, independentemente de a quem beneficiar ou contrariar, eis que, repita-se à exaustão, o que se quer e busca é o reflexo nas páginas do processo do que realmente se processou no campo fático ou o mais próximo possível.

Nesse contexto, na mesma linha do estudo apresentado pela Comissão Especial do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, é de se ver a imperiosidade de se suprimir a parte final do art. 4º, mais precisamente a parte que trata da exceção em favor da defesa, uma vez que não há sistema acusatório com juiz defensor.

O artigo 5º<sup>72</sup> do Projeto do Código de Processo Penal, por seu turno, coloca como orientação interpretativa a proibição de excesso, a dignidade da

<sup>72</sup> “Art. 5º A interpretação das leis processuais penais orienta-se pela proibição de excesso, pela dignidade da pessoa humana e pela máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal.”

pessoa humana, a máxima proteção dos direitos fundamentais, sem prejuízo da efetividade da tutela penal. Cuida-se de um vetor interpretativo de obrigatória observância do intérprete, denotando que a proibição de excesso, a dignidade da pessoa humana e a máxima proteção dos direitos fundamentais, mais do que mero discurso retórico, inserem-se como diretrizes da nova codificação, porém, sem prejuízo da efetividade da tutela penal.

Aparentemente o artigo supramencionado refrata uma situação óbvia, porém, de difícil temperamento. Isso porque literalmente, de fato, a proibição de excesso, a dignidade da pessoa humana e a proteção de direitos fundamentais devem orientar as situações que aparecem para análise do Operador do Direito. O panorama, contudo, começa a se dificultar quando se propugna como diretriz a máxima proteção dos direitos fundamentais, cuja interpretação deve ser feita com cautela.

Se vingar a posição da maximização na proteção de direitos fundamentais, na realidade, o Processo Penal se torna estático e não caminha a canto algum. Ao se lidar com as infrações penais e os procedimentos necessários à depuração do que ocorreu, por óbvio, há colisões entre direitos fundamentais, como a liberdade, a razoável duração do processo, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, etc. Não há como se maximizar todos os direitos, utilizando de forma vaga, embutindo rótulos absolutos neles, vez que – sempre – o que se tem é verdadeira harmonização entre eles a depender de cada caso, tendo por guia a razoabilidade e a proporcionalidade.

Explica-se. Se a ampla defesa e o contraditório fossem maximizados, o processo penal seria a agrura que não findaria nunca, refletindo-se na espada de Dâmocles sobre a cabeça de um culpado ou inocente *ad infinitum*. Em igual sentir, se a liberdade fosse maximizada, mostrar-se-iam descabidas as prisões provisórias. No mesmo eito, se a razoável duração do processo e a celeridade fossem direitos fundamentais potencializados a extremo, inevitavelmente o contraditório e a ampla defesa seriam afetados substancialmente. Veja-se que não se há dúvida da importância de se conferir aos direitos fundamentais patamar ímpar, entretanto, não valores extremos, irrestringíveis, eis que, se assim o for, o processo penal se torna inviável.

Outra situação que não se pode ser ignorada é a questão da menção apenas à proibição de excesso, uma das nuances do princípio da proporcionalidade, olvidando-se, contudo, à faceta da proibição da proteção insuficiente. Nesse compasso, se por um lado o princípio da proporcionalidade exige que se evitem excessos, de igual sorte, contrabalanceando tal viga, impõe-se a proibição da proteção insuficiente, sob pena de se minar a efetividade da tutela penal.

É de grande valia ou retirar a menção à proibição de excesso ou inserir, a seu lado, textualmente a proibição da proteção insuficiente, porquanto aquela garante contornos protetivos, de fato, ao investigado ou ao réu, sendo imperiosa, sob a égide atual da jurisdição penal, resguardar a coletividade e as

vítimas, o que demandam a otimização daquela e uma tutela penal eficiente. Não se pode ver então a Justiça Penal apenas sob um único enfoque, qual seja, o do polo passivo, emergindo-se como imprescindível observar a questão à luz do enfoque dos demais agentes, como vítima, coletividade.

Destarte, mister se faz que se insira textualmente a proibição da proteção insuficiente ao lado da proibição de excesso ou então suprimir ambas e substituí-las pelo princípio da proporcionalidade.

Já o art. 6º, por seu turno, refrata a admissão da analogia e da interpretação extensiva, vedando, contudo, a ampliação de normas restritivas de direitos e garantias fundamentais. Tal enunciado, na realidade, reproduz postulados clássicos e elementares da interpretação do Direito, porém, sempre necessários rememorá-los, sobretudo, quando se está lidando com o bem jurídico mais caro do cidadão que é a sua liberdade.

A analogia e a interpretação extensiva, nesse eito, são possíveis na esfera penal, como nos demais ramos, até mesmo porque jamais conseguiria o legislador, por mais hábil que fosse exaurir fecundamente todas as situações casuísticas passíveis de serem concretizadas, daí sua necessidade. Enquanto a primeira, em existindo omissão, na realidade, é instrumento de integração das normas jurídicas, colmatando lacunas no ordenamento; a segunda reflete verdadeiro método de interpretação, por meio do qual, na busca da verdadeira dimensão do enunciado normativo, estende-o (CAPEZ, 2013, p. 54).

Sendo a analogia não método interpretativo, mas de integração do ordenamento jurídico, preenchendo vazios do sistema, é latente a proibição de se utilizá-la contra o réu/investigado, situação que não se equipara à interpretação extensiva, a qual apenas dimensiona o real sentido da norma, conforme pontua Damásio de Jesus (2005, p.42).

A vedação, portanto, da segunda parte, do art. 6º se mostra consentânea, uma vez que proíbe a ampliação do sentido de normas restritivas de direitos e garantias fundamentais, lastreando-se, para tanto, no fundamento de que norma restritiva, sobretudo, em situações importantíssimas, como no processo penal, recebem interpretação pontual. Não podem, portanto, ser objeto de interpretação extensiva em tais circunstâncias em virtude do objeto tutelado pelas normas penais e da dimensão dos direitos fundamentais.

Por derradeiro, o art. 7º<sup>73</sup>, *caput*, do projeto ora tratado, em verdade, reproduz o brocardo tempus *regit actum*. É cediço que as normas

<sup>73</sup> Art. 7º Aplica-se a lei processual penal desde logo, ressalvada a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

§1º As disposições de leis e de regras de organização judiciária que inovarem sobre procedimentos e ritos, bem como as que importarem modificação de competência, não se aplicam aos processos cuja instrução tenha sido iniciada.

§2º Aos recursos serão aplicadas as normas processuais vigentes na data da publicação da decisão impugnada.

penais ou processuais penais materiais se diferem das normas processuais penais propriamente ditas: enquanto a primeira veicula nuances relacionadas diretamente ao *status libertatis*, a segunda concerne às questões procedimentais. Tal diferença deflagra implicações diferenciadas, visto que, em relação às normas penais, retroagem apenas as normas benéficas ao réu/investigado, jamais as maléficas; ao passo que, em se cuidando de regras processuais propriamente ditas, pouco importa se estas trarão prejuízo ao réu/investigado, aplicando-as imediatamente aos atos processuais (NUCCI, 2012, p. 117).

Interessante também os parágrafos do art. 7º do projeto, pois, logo no §1º, com clareza solar, direciona que, em havendo inovação de procedimentos e ritos, modificação de competência, decorrentes de inovação legislativa, não são aplicáveis aos processos com instrução iniciada. Veja-se que o §1º, do art. 7º, traz verdadeira exceção ao que estabelece o *caput*, do dispositivo legal ora abordado, porém, insere como norte, para tanto, aos processos com a instrução já iniciada.

O norte adotado no sentido da instrução iniciada mereceria melhor detalhamento por parte do legislador a fim de evitar interpretações dúbias. De fato, a instrução se iniciaria logo após o recebimento da resposta à acusação, ofertada pelo acusado, ao magistrado, independentemente de qualquer decisão? Iniciar-se-ia a instrução quando o magistrado designa a audiência de instrução e julgamento ou apenas quando esta já se iniciou?

Tal questão, em que pese, *a priori*, apontar como certo preciosismo deveria ser melhor esclarecida. Não parece ser a melhor opção apontar como marco sólido, em uma visão açodada, a audiência de instrução e julgamento para definição nessas hipóteses, eis que há casos de ações penais em que a instrução processual não necessariamente demanda prova testemunhal como, por exemplo, casos de feitos penais alicerçados em perícias, provas documentais. Nesses casos, ações penais, com provas meramente periciais e documentais, a única audiência que teria seria para a realização do interrogatório, muito embora não se questione que a instrução já esteja ocorrendo inegavelmente.

Pressupor, portanto, que a instrução concerne unicamente à audiência de instrução é temerário. Seria interessante ao legislador definir como marco não a instrução genericamente, mas um optar por um ato processual especificamente, como, por exemplo, após a apresentação da resposta à acusação ou após prolatada a decisão de designação de audiência de instrução e julgamento ou apenas do interrogatório, muito embora, frise-se, louvável o interesse do legislador em resolver situações conflituosas como tais.

O §2º, do art. 7º, dirime qual norma processual é aplicável, em relação aos recursos, em sobrevivendo inovação legislativa, adotando a mesma linha do *caput*, do dispositivo legal, o qual ecoa o brocardo *tempus regit actum*.



Veja-se que, diversamente do §1º, que fora vago ao adotar a expressão “instrução iniciada”, o §2º, por seu turno, de forma extremamente feliz, restringiu a um ato processual específico, qual seja “data da publicação da decisão impugnada”, ceifando qualquer possibilidade de dúvida a respeito.

É sabido que tanto os §§1º e 2º, do art. 7º buscam dirimir questões espinhosas que surgem quando sobrevém inovação legislativa em relação a rito, procedimento, modificação de competência e recursos. Sempre quando há a alteração de leis, ainda que pontualmente, relacionadas aos assuntos declinados, as posições dos magistrados são diversas e variadas, fazendo com que os Tribunais Superiores, na maioria das vezes, tenham que apreciar os respectivos pleitos para dirimir a respeito.

Assim sendo, os §§1º e 2º, na realidade, recepcionaram a atual posição dos Tribunais Superiores a respeito das matérias – rito, procedimento, competência, recursos, cristalizando-a em claro enunciado normativo, o que garante estabilidade e transparece segurança jurídica, embora, em relação ao §1º, seria passível de melhoria, elegendo um ato processual específico como marco de aplicação das normas processuais.

#### 4 CONCLUSÃO

É de ser observar que a topografia do novo Código de Processo Penal representa a substância plena de um processo penal democrático, figurando como fruto legítimo da Carta Magna de 1988. Entre várias alterações, há a que foi aqui abordada, qual seja, o início da legislação processual por meio do Título denominado Princípios Fundamentais.

Os dispositivos que constam na proposta do novo Código de Processo Penal apontam para a resolução de questões extremamente conflitivas e que impõem severas dúvidas ao operador do Direito constantemente, como, por exemplo, aplicabilidade de garantias aos procedimentos inquisitoriais, qual regra processual aplicável acaso sobrevenha mudança de leis, enfim, louvável a *ratio legis* sob tal perspectiva.

Sucedo, contudo, que, em virtude de mudanças que se processaram no ordenamento jurídico, mister se faz para que se realizem as modificações propostas no presente artigo a fim de extirpar interpretações dúbias, atualmente passíveis de serem imprimidas aos art. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, §1º. Visa com isso garantir uma interpretação mais fidedigna à *ratio legis*, bem como resolver diversas dúvidas que possam surgir por meio da leitura daqueles.

Ademais, não há qualquer dúvida da densidade normativa dos princípios e de sua importância para a higidez do sistema normativa processual penal, sendo que o atual projeto, feitas as modificações sugeridas, representará



grande avanço não só na visão do investigado/acusado, mas na de todos os atores, interessados e interventores processuais.

É cediço que a atual Constituição Federal resguarda os direitos daquele que se encontra no polo passivo da investigação penal ou da ação penal, contudo, de igual forma, salvaguarda os interesses da vítima, da sociedade e dos demais atores. A fim de se atingir a máxima efetividade da Lei Maior, sob essa lente, jamais monocular, mas sim plural (investigado/acusado, vítima, sociedade, atores processuais), deve ser lida e concebida a novel codificação.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO; Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 11. ed., 2007.

ARRUDA ALVIM. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16. ed.2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 29 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil: 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 29 set. 2019

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689/41. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 29 set. 2019

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657/42. **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 29 set. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 17. Ed. 2013

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. Salvador: JusPODIVM, 2. ed. 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 14. ed. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 33. ed. 2007.

GRAU, Joan Verger. **La defensa del imputado y el principio acusatório**. Barcelona: Bosch, 1994

JESUS, Damásio. **Direito Penal**- 1º V. São Paulo: Saraiva. 28. ed. 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 4. ed. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 8. ed. 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24. ed. 2014.



## DO INQUÉRITO POLICIAL NO PROJETO DE LEI N. 8.045 DE 2010

Luciana Moreira Schenk<sup>74</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar o Projeto de Lei n. 8.045 de 2010 em trâmite na Câmara dos Deputados, prevendo um “Novo Código de Processo Penal”. A proposta de alteração teve origem no Senado Federal com Projeto de Lei n. 156 de 2009, que com a aprovação da redação final do texto pelo plenário daquela casa, foi encaminhado à Câmara dos Deputados onde passou a tramitar como PL 8.045/2010. No presente estudo, nos limitaremos à análise dos dispositivos do projeto de lei que contemplam o Inquérito. O eixo central da reforma consiste na compatibilização do processo penal brasileiro com os valores democráticos da Constituição de 1988, em especial o princípio acusatório. Verificou-se pela pesquisa também o reconhecimento, pelo legislador, do papel do Ministério Público no controle externo da atividade policial. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo e comparativo e, como técnicas de pesquisa, utilizamos a bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Projeto de Lei n. 8.045/2010 – Inquérito Policial – Ministério Público – Constituição Federal – sistema acusatório.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais – 1.1. Sistema inquisitivo/inquisitorial – 1.2. Sistema acusatório. 2. Inquérito Policial: generalidades. 3. O Inquérito Policial no Projeto de Lei n. 8.045/2010 – 3.1. Das disposições preliminares – análise dos artigos 18 ao 21 – 3.1.1. Do Controle Externo da atividade policial – 3.2. Da abertura do Inquérito Policial – artigos 22 ao 24 – 3.3. Das diligências investigativas – artigos 25 ao 30 – 3.4. Do indiciamento – 3.5 – Dos prazos de conclusão – 3.6. Do relatório, da remessa dos autos ao Ministério Público e do arquivamento – 3.7. Da identificação criminal. 4. Considerações finais.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos últimos anos ocorreram diversas reformas legislativas no Código de Processo Penal, todas visando uma adequação constitucional no processo penal.

A reforma mais recente foi a realizada pela Lei n. 13.964 de 2019, o chamado “Pacote Anticrime”, que trouxe significativas alterações no Código de Processo Penal.

---

<sup>74</sup> Especialista em Direito Constitucional pela Anhanguera Educacional.

Promotora de Justiça do MPMS. Coordenadora do GACEP – Grupo de Atuação Especial do Controle Externo da Atividade Policial.

No entanto, ainda tramitam no Congresso Nacional, outras propostas de alteração legislativa que refletem na sistemática processual penal, uma delas é o Projeto de Lei (PL) n. 8.045/2010, objeto de nossa análise. O projeto iniciou no Senado Federal com o PL n. 156/2009, sendo aprovado em Plenário, foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde tramita como PL 8.045/2010.

Nosso objetivo é analisar as propostas desse projeto relativamente ao Inquérito Policial, como uma das espécies de investigação criminal.

É de nosso interesse também fazer um breve comparativo entre as últimas reformas realizadas no inquérito, com a proposta em trâmite na Câmara dos Deputados.

O Inquérito Policial é um instrumento pouco explorado no estudo do processo penal, até porque trata-se de um procedimento administrativo pré-processual, mas a sua finalidade, que é a de colher elementos que irão formar o convencimento do titular da ação penal, ou seja, do Ministério Público, demonstra a sua relevância para o estudo do processo penal.

Dessa forma, entendemos pertinente a devida contextualização do inquérito na perspectiva do sistema processual acusatório em nossas considerações iniciais, para que se compreenda qual deve ser o espírito norteador de qualquer alteração legislativa.

É muito importante a compreensão do Processo Penal como instrumento legítimo de que o Estado dispõe para que possa concretizar sua pretensão punitiva, de acordo com as balizas constitucionais pelo próprio Estado impostas. Entendendo a necessidade de um processo penal devido, compreendemos o quão necessário se faz um Inquérito Policial devido, mesmo não se tratando este último de processo e sim procedimento administrativo.

A compreensão de que o “processo” é um instrumento para que o Estado exerça de forma legítima o seu direito de punir e persiga de acordo com regras previamente estabelecidas à sua pretensão punitiva, é condição necessária para podermos entender que o Inquérito Policial deve estar a serviço do Processo Penal, como instrumento prévio relevante para persecução penal e, sendo assim, deverá se nortear pelo mesmo “espírito”.

Segundo Geraldo Prado (2006, p. 55) a principal função da estrutura processual é a de garantia contra o arbítrio estatal, conformando-se o processo penal à Constituição Federal, de sorte que o sistema processual penal estaria contido dentro do sistema judiciário, que por sua vez é espécie do sistema constitucional, que deriva do sistema político.

Contudo, compreendemos a necessidade da busca por um ponto de equilíbrio entre a exigência de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal (por lidar com a liberdade de locomoção) e a necessidade de maior efetividade do sistema

persecutório para a segurança da coletividade, e quanto a esse aparente impasse há duas perspectivas, que chamamos de sistemas processuais.

### 1.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema processual chamado “acusatório” é próprio dos regimes democráticos e se caracteriza pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias, ou seja, é condição essencial para a caracterização desse sistema, a existência de um órgão estatal independente do juiz e que promova a acusação. (FERRAJOLI, 2006. p.518)

Nesse sistema são assegurados ao acusado o contraditório e a ampla defesa e a tramitação da ação penal ocorrerá em estrita observância do modelo (procedimento) consagrado em lei. Como regra, serão públicos os atos processuais, o que apenas é ressalvado em hipóteses expressamente previstas e sempre fundamentada em lei.

Quanto à produção probatória, é de incumbência das partes, descabendo ao juiz substituir-se a elas no intuito de buscar a comprovação de fatos que, apesar de articulados, não tenham sido demonstrados pelos interessados.

Considerando que as bases do sistema acusatório incluem a rigorosa observância das garantias constitucionais do acusado, este, como regra, responderá ao processo em liberdade, exceto nas hipóteses em que atos, fatos ou circunstâncias relacionadas ao seu comportamento e à natureza do delito imputado demonstrem a necessidade de sua segregação provisória.

Desde a Constituição Democrática de 1988, entende-se que o sistema processual adotado pela vigente ordem jurídica é o sistema acusatório.

A Constituição Federal ao atribuir expressamente ao Ministério Público, como órgão constitucional independente, em seu artigo 129, <sup>75</sup>, a titularidade da ação penal, soterrou de vez qualquer possibilidade de tendência inquisitória dentro do sistema processual penal brasileiro, eis que a acusação no processo penal passou a ser atribuída a um órgão independente do poder jurisdicional.

Entretanto, resquícios do sistema inquisitivo por vezes são observados, não apenas na legislação, mas também na postura de alguns personagens à frente do processo ou da investigação criminal.

Apesar de mais de trinta anos de redemocratização do país, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil ainda encontra

<sup>75</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

dificuldades (e resistências) para sua efetiva implementação, tendo em vista a longa sobrevida dada ao Código de Processo Penal instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689 de 1941, de viés autoritário e inquisitório, inspirado no código processual italiano do regime fascista. (LUZ, 2011, p.49)

Dessa forma, embora o Código de Processo Penal brasileiro vigente seja inspirado preponderantemente em princípios inquisitivos – conquanto existam dispositivos inseridos pelas sucessivas reformas que prestigiam o sistema acusatório –, a sua leitura deve ser feita à luz da Constituição, pelo que seu modelo de processo deve se adequar ao constitucional acusatório, corrigindo os excessos inquisitivos. (TÁVORA, 2016, p. 26)

Algumas mudanças nesse sentido foram realizadas pela Lei n. 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, que acrescentou ao Código de Processo Penal o artigo 3-A, expressamente prevendo em seu texto a opção legislativa pelo sistema acusatório. Muito embora esse artigo esteja com sua eficácia suspensa por decisão liminar do Min. Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal. A decisão cautelar, proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, será submetida a referendo do Plenário e diz respeito aos dispositivos atinentes ao chamado “Juiz das Garantias”.

Porém, entendemos que o texto do art. 3-A<sup>76</sup>, não tem nenhuma relação com a figura do Juiz das Garantias. Em verdade, não há no *decisum* do STF uma razão clara para sua suspensão. O que se depreende é que ele foi incluído nesta, segundo análise do relator, como um dos consectários do Juiz das Garantias na decisão. No entanto, é possível que, quando o Plenário analise o instituto, não determine sua inconstitucionalidade (ao menos não com base exclusiva nos argumentos apresentados acima).

Em verdade, o artigo 3-A está em absoluta consonância com o texto constitucional e com o art. 129, I, que prevê um órgão acusatório cuja titularidade privativa para a ação penal, demonstra a clara adoção pelo constituinte do sistema acusatório. Assim, o art. 3-A apenas declara expressamente o já previsto constitucionalmente.

Além disso, o próprio PL n. 8.045/2010 em seu artigo 4º traz proposta de redação bastante semelhante ao art. 3º-A supracitado, explicitando a opção política e legislativa por um sistema processual penal acusatório.

## 1.2 SISTEMA INQUISITIVO/INQUISITORIAL

Este sistema tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar se encontrarem concentradas em uma única pessoa,

<sup>76</sup> 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.



que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor.

No sistema inquisitivo, não existe a obrigatoriedade de uma acusação realizada por órgão público ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz desencadear o processo criminal *ex officio*.

O acusado, praticamente, não possui garantias no decorrer do processo criminal, o que dá margem a excessos processuais. Exatamente por isso, em regra, o processo não é público, sendo o caráter sigiloso atribuído pelo juiz por meio de ato discricionário e à margem de fundamentação adequada. (NUCCI, 2008, p.116)

O processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1).

## 2 O INQUÉRITO POLICIAL: GENERALIDADES

Previamente às considerações sobre as sugestões para a reforma do CPP pelo PL n. 8.045/2010, no que se refere a este instrumento de suma relevância à persecução penal, que é o Inquérito Policial, é imperativo retomarmos alguns pontos, em especial quanto ao conceito e funções do inquérito.

Nesse passo, interessante conceito e talvez um dos mais completos é o extraído da obra de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 143), que merece sua transcrição em seu inteiro teor:

“O Inquérito Policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também, a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a proposição da ação penal privada”.

Em razão da sua natureza instrumental, o inquérito se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal.

De seu caráter instrumental, de acordo com Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 107), sobressai sua dupla função:

- a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado;
- b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.

Note, que quando nos referimos a uma função preparatória do Inquérito Policial, e compreendendo o já discorrido sobre o sistema processual acusatório, devemos ter em conta que todos os atos praticados dentro do Inquérito Policial devem ter uma razão de ser, ou seja, devem ter uma finalidade que é a apresentação de elementos que justifiquem a persecução penal pelo Ministério Público, apresentando uma justa causa para a ação penal.

Assim, entendemos que o Inquérito Policial por mais que seja um procedimento administrativo que se encontra à parte do processo judicial, deve ser pensado dentro da lógica processual penal e estruturado de forma a subsidiar a atuação do Ministério Público para que a finalidade do processo penal seja atingida, a saber, o exercício do poder de punir estatal.

É certo que a investigação criminal não é exclusividade da Polícia Investigativa, há diversos instrumentos investigativos, como os próprios procedimentos criminais investigatórios do Ministério Público e também as investigações realizadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI's, Conselho de Atividade Financeiras – COAF e o Inquérito Policial Militar. Contudo, a realidade nacional mostra que o Inquérito Policial é o instrumento mais utilizado nas investigações realizadas no Brasil, daí sua importância.

O Projeto de Lei 8.045/2010, ora em estudo, prevê em seus artigos 8º ao 13, a investigação criminal como gênero, tendo o Inquérito Policial como espécie, e conforme dito anteriormente, este é o foco de nosso estudo.

### **3 O INQUÉRITO POLICIAL NO PROJETO DE LEI N. 8.045/2010**

O Capítulo III do Projeto de Lei 8.045/2010 foi reservado para o tratamento do Inquérito Policial, compreendendo os artigos 18 ao 43.

De antemão e a partir de uma simples leitura dos novos dispositivos propostos, percebe-se que o legislador não trouxe alterações significativas

ao Inquérito Policial, pelo menos, não ao seu modelo anacrônico, porém, não podemos negar que a proposta traz inovações importantes, fazendo uma releitura constitucional do Inquérito Policial, valorizando a vítima e garantindo ao investigado minimamente acesso e participação ao conteúdo das investigações.

Por uma decisão política cuja justificativa não fica clara, o legislador realizou ajustes, buscando compatibilizar o inquérito policial ao novo sistema democrático constitucional: o sistema acusatório. Mas de longe traz a contemporaneidade ou a modernidade dos modelos de investigação existentes em outros países, ou tampouco a tão almejada celeridade ao procedimento, não obstante tente fazê-lo ao estabelecer prazo limite para a sua conclusão e outros pequenos incrementos com a finalidade de atualizá-lo à realidade tecnológica.

Não há como se olvidar o fato de que um dos relatores da Comissão ser Delegado de Polícia de carreira, Deputado João Campos (PRB-GO), nem se diga que mudar profundamente o Inquérito Policial poderia significar o esvaziamento da função de Delegado de Polícia. O fato é que tais modificações, que implicam numa análise muito mais profunda sobre as carreiras policiais, suas funções dentro do sistema de segurança pública e a otimização das funções dentro dos modelos estabelecidos, são igualmente imperativas.

Obviamente entendemos que tais alterações não poderiam ocorrer por meio da lei, uma reformulação do modelo de polícia brasileiro deverá ser objeto de preocupação do poder constituinte derivado, para que promova as reformas necessárias nas estruturas e no modelo das polícias brasileiras. Entendemos que essa reforma talvez seja tão urgente quanto uma nova legislação sobre o Inquérito Policial.

Evidentemente que quando ressaltamos isso, não podemos fechar os olhos para os diversos fatores que tornam essa fase morosa e muitas vezes ineficiente, tendo como perspectiva aqui o seu fim. São fatores estruturais, orçamentários, de recursos humanos, mas sobretudo, a ausência de uma política criminal séria, voltada a essa fase investigativa policial, que tem que ser submetida a uma reforma legislativa mais profunda, onde fosse discutido um novo modelo de Polícia no Brasil.

Nesse sentido parece pertinente a consideração sobre o trâmite da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 168, prevendo alteração do § 1º do art. 144 e acrescentando o § 1ºA ao art. 144 da Constituição Federal, dispondo sobre a organização da polícia federal. O que queremos ressaltar nesse ponto não é necessariamente a PEC, mas sim suas justificativas que se pautam na necessidade do estabelecimento de um novo modelo de polícia no Brasil. Acreditamos imperativo o aprofundamento dessas discussões também no âmbito estadual, objetivando um modelo mais eficiente e integrado.

Há diversos estudos no campo das mais variadas ciências, não apenas do Direito, que poderiam ter sido melhor aproveitados pelo legislador e talvez ainda possam, para que a fase do Inquérito ganhe de fato uma roupagem atual. Sem essas atualizações, soluções informais continuarão sendo tomadas sem respaldo legislativo, apenas gerando mais tensão entre as agências criminais.

Em pesquisa coordenada pelo Prof. Michel Misse (2010, p.13), do Departamento de Sociologia da UFRJ, foram coletadas experiências sobre o Inquérito Policial em quatro grandes capitais do Brasil, entre as conclusões, uma parte do texto nos chama a atenção para as consequências da ausência de uma legislação moderna tangenciando o Inquérito Policial, segundo consta do estudo:

“Diante da precariedade de meios, boa parte das previsões legais que estabelecem os procedimentos a serem realizados durante o inquérito policial não são seguidos, tendo como justificativa a necessidade de lidar com as dificuldades cotidianas e responder à demanda imediata. As práticas correntes atravessam a fronteira de uma legalidade considerada antiquada, inquisitorial, quando não autoritária, seguindo em direção a um tipo de “ilegalidade prática”, uma lógica em uso justificada pela eficiência. Se o inquérito, em seu formato oficial, passa a ser um entrave, criam-se alternativas práticas para dar eficiência a algo que, de outro modo, não atenderia à imensa demanda recebida pela polícia. No entanto, essa “ilegalidade eficiente” tanto diminui as garantias de direitos dos acusados, quanto, também, não tem se demonstrado capaz de aumentar a capacidade investigativa da polícia.”

Ponto importante a ser ressaltado é que ao Ministério Público incumbe o controle externo da atividade policial desde a Constituição Federal de 1988, mas que especialmente com o advento da Resolução n.º 20 de 2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, incrementada pelas Resoluções 121/2015 e 129/2015, passou a exercer com mais efetividade a relevante incumbência, não apenas como órgão fiscalizador da atividade cartorária da polícia, mas como órgão participativo de políticas públicas de segurança pública, cabendo ao Ministério Público atuar junto às polícias visando o incremento da qualidade das investigações e a fiscalização da legalidade procedimental, visando coibir eventuais excessos policiais.

É inegável que tal função, que ainda não avançou significativamente a ponto de alcançar resultados transformadores, trouxe uma nova visão para

o órgão ministerial, porquanto passou a fazer não só o controle difuso no Inquérito Policial, mas também o controle concentrado que possui diversos vieses, inclusive o de zelar para que as instituições controladas disponham de todos os meios materiais para o bom desempenho de suas atividades.

Portanto, com a aproximação do Ministério Público às instituições policiais, através de visitas técnicas periódicas<sup>77</sup>, foi possível detectar a realidade dos fatos, sejam elas de natureza estrutural, sejam elas relativas à gestão da atividade. Nos deparamos com uma Polícia Civil defasada e distante da realidade das demais instituições que compõem o sistema de justiça criminal.

### 3.1 DISPOSIÇÕES PRELIMINARES – ANÁLISE DOS ARTIGOS 18 AO 21

Na Seção I, constam as disposições preliminares que se iniciam com o art. 18 e vai até o art. 21, por onde iniciaremos nossas considerações.

O artigo 18 possui teor semelhante ao atual texto do Código de Processo Penal – art. 4º - dispondo que:

Art. 18 – As funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, exceto as militares, serão exercidas pelas polícias civil e federal, no território de suas respectivas circunscrições.

§ 1º O delegado poderá, no curso da investigação, ordenar a realização de diligências em outra circunscrição policial, independentemente de requisição ou precatória, comunicando-as previamente à autoridade local.

§ 2º A atribuição definida neste artigo atenderá ao disposto no art. 144 da Constituição.

§3º A investigação criminal efetuada pelo Ministério Público sujeita-se às mesmas formalidades de numeração, autuação, respeito ao direito de defesa, e submissão a controle periódico de duração e de legalidade do inquérito policial pelo juízo das garantias.

§ 4º Para os fins de controle de prazo para o exercício da ação penal subsidiária, o Ministério Público deverá comunicar ao juiz das garantias a data em que se encerrar a investigação ministerial.

Nesse ponto, é muito interessante retomarmos ensinamentos do Professor Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 57) que se refere à Polícia como

<sup>77</sup> Resoluções 20/2007 e 121/2015 do Conselho Nacional do Ministério Público.

instrumento da Administração com natureza jurídica de pessoa de direito público, destinada a manter e a recobrar, junto à sociedade e na medida dos recursos de que dispõe, a paz pública ou a segurança individual.

Ainda, é forçoso ressaltar, que apesar de ser majoritariamente utilizada a expressão Polícia Judiciária, em referência àquela que possui a atribuição de apurar as infrações penais e sua autoria, compreendemos que as funções de polícia judiciária e polícia investigativa não devem ser confundidas, conforme dispõe Renato Brasileiro (2014, p. 110):

“(...) a Constituição Federal deixa clara a diferença entre funções de polícia judiciária e funções de polícia investigativa. Basta perceber que, ao se referir às atribuições da Polícia Federal, a Carta Magna diferencia as funções de polícia investigativa, prevista no art. 144, §1º, I e II, das funções de polícia judiciária (CF, art. 144, §1º, inciso IV)”.

A expressão Polícia Judiciária pode passar uma falsa impressão de que as funções policiais estão à serviço do Judiciário, muito embora seja claro que não é essa a natureza do instituto, mas é importante consignar que não se trata apenas de semântica, pois, uma vez que adotado expressamente o sistema acusatório, tanto pelo texto constitucional como pelo Código de Processo Penal, é necessária uma observação mais acurada dessas sutilezas.

As funções de Polícia Judiciária estão relacionadas à atribuição de auxiliar o Poder Judiciário no cumprimento de suas ordens, como mandados de prisão, busca e apreensão e demais atos de natureza coercitiva cuja exequibilidade depende da atuação de uma face do poder de polícia estatal.

Já as funções de Polícia Investigativa são as atribuições das Polícias, relacionadas à coleta de elementos de informação para apuração da prática de crimes e a respectiva autoria. Essas funções devem ser exercidas de forma autônoma das primeiras e em harmonia com o órgão constitucional incumbido da persecução penal, ou seja, o Ministério Público.

Dar proeminência à função de polícia judiciária, exercida pelas Polícias Civil e Federal, é manter resquícios do indesejável sistema inquisitivo que permeia o sistema processual penal, em razão do vigente Código de Processo Penal, e aludir que o destinatário imediato desta atividade e por conseguinte do Inquérito Policial seja o juiz.

Mais uma vez, ressaltamos que não se trata apenas de um jogo de palavras, trata-se de demonstrar com clareza a opção pelo sistema acusatório e soterrar de vez qualquer reminiscência do sistema inquisitivo. O Inquérito Policial no sistema acusatório possui como destinatário imediato o Ministério Público e como destinatário mediato a própria sociedade.

Outra questão que acreditamos ter relevância e que propomos no presente estudo é a substituição em todo o texto, onde consta “Delegado”, passar a constar “Autoridade Policial”, tratando-se de melhor técnica legislativa consentânea com a Constituição.

A Constituição quando se refere às funções a serem desempenhadas pelas Polícias, em seu artigo 144, alude à função de investigar, atribuindo expressamente essas funções à instituição “Polícia” e não ao cargo de Delegado. Assim como o faz quando se refere a outras instituições como o Ministério Público, como titular da ação penal – art. 129, I, não atribuindo ao Promotor ou Procurador de Justiça e sim ao órgão constitucional independente, Ministério Público.

Quanto aos §§ 3º e 4º, que se referem à investigação criminal efetuada pelo Ministério Público, consigna-se que tal matéria já foi alvo de grandes polêmicas, mas, segundo o Supremo Tribunal Federal<sup>78</sup>, o Superior Tribunal de Justiça e a doutrina amplamente majoritária, o Ministério Público poderá conduzir investigação criminal que conviverá harmonicamente com o inquérito policial, sem que exista usurpação de função. No entanto, nos parece que tais dispositivos estão deslocados, uma vez que o Ministério Público não preside inquéritos policiais e, dessa forma, tal disciplina deveria constar, se fosse caso, do tópico “Investigação Criminal”.

Estes parágrafos do projeto também fazem alusão à figura do juiz das garantias, porém o instituto foi disciplinado com maiores detalhes nos artigos 14 ao 17, que não estão no enfoque do presente estudo, conforme dito alhures.

O artigo 19 do Projeto dispõe:

Art. 19. O inquérito policial será presidido por delegado de polícia de carreira, que conduzirá a investigação com isenção, independência e no interesse da efetividade da tutela penal, respeitados os direitos e garantias fundamentais.

Parágrafo único. Aplicam-se aos delegados, no que couber, as disposições referentes a impedimento e suspeição.

---

<sup>78</sup> 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 (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição. STF. Plenário. RE 593727/MG, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015. (repercussão geral) (Info 785)

O Código de Processo de Penal é norma geral, e por assim qualquer disciplina sobre a carreira de Delegado de Polícia deverá ser tratada exclusivamente pela Constituição e pelas leis orgânicas de cada esfera, sendo importante lembrar que não cabe ao Código Processo Penal atribuir prerrogativas à carreira de Delegado de Polícia ao alvedrio da Constituição.

Dessa forma, a melhor interpretação para o texto é a de que o legislador quis garantir que a investigação se desse de forma isenta e independente, e não a de atribuir prerrogativas que somente cabe ao constituinte fazê-lo. Novamente, trazemos ao texto uma das justificativas da PEC 168 que tramita na Câmara dos Deputados e que traz exatamente essa ideia, prevendo o seguinte:

“A Autonomia investigativa vem consagrar no texto constitucional o princípio adotado nas Polícias mais modernas do mundo, aí incluída a autonomia técnico-científica. Princípio segundo o qual, a PF na sua atividade investigativa, deve se submeter somente aos controles constitucionais e legais, como o controle externo da atividade policial feito pelo Ministério Público, devendo ser protegida de ingerências externas, sobretudo do campo político-partidário.”

Dessa forma, acreditamos que a redação do art. 19 teria melhor interpretação com a substituição da expressão “independência” pela expressão “autonomia investigativa”.

O art. 20 do projeto traz uma inovação, que é o Inquérito Policial Eletrônico e certamente necessitará, caso aprovado, de regulamentação no âmbito das unidades federativas. Há projetos nesse sentido já em andamento em alguns estados como São Paulo e Paraná, eis que o CPP atual não proíbe tal iniciativa.

O projeto nesse aspecto vai ao encontro dos princípios da eficiência e da duração razoável do processo que devem ser aplicados também no âmbito dos procedimentos administrativos, além de que permite um melhor desenvolvimento do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, tanto de forma difusa como concentrada, tema que melhor discutiremos adiante, e também do controle interno pelas Corregedorias de Polícia.

O acesso a programas, serviços, informações e arquivos se dá de forma remota, por intermédio da rede, motivos pelos quais o emprego desse ambiente, virtual do Inquérito Policial Eletrônico agrega e proporciona diversas vantagens quando comparado ao modelo tradicional baseado no papel impresso, dentre as quais vale destacar as seguintes: gestão cartorária informatizada; celeridade e qualidade na produção de documentos e peças



legais de polícia investigativa ; economia de recursos materiais, temporais e humano com deslocamentos; otimização no manejo de informações, maior e melhor participação do Ministério Público e da defesa no Inquérito Policial; maior segurança e controle de dados. (MORAES; ORTIZ, 2018, p.83-96)

O artigo 21 se apresenta com a seguinte redação:

Art. 21. A investigação criminal poderá desenvolver-se por atuação conjunta entre a polícia e o Ministério Público

§ 1º A investigação será conduzida pelo delegado de polícia, sem prejuízo da atuação constitucionalmente conferida ao Ministério Público.

§ 2º Poderão ser instituídas forças-tarefas entre entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, para a investigação conjunta, nos termos do parágrafo anterior.

O *caput* do artigo 21 prevê que poderão atuar conjuntamente, Polícia e Ministério Público, e nesse ponto parece que quis o legislador autorizar a atuação em conjunto, que de fato já ocorre, ora em Procedimento Investigatório Criminal sob o comando do órgão do Ministério Público, ora em Inquérito Policial sob a presidência da autoridade policial e, evidentemente, isso não seria diferente porquanto as instituições são independentes entre si, não guardando entre elas relação de subordinação.

Essa atuação conjunta deve ser fomentada exatamente em razão da função do inquérito policial. Os elementos informativos levantados pelo Inquérito Policial é que indicarão a presença ou não da justa causa para a ação penal, cuja iniciativa é, de regra, do Ministério Público. Assim, é contraproducente não aproveitar a atuação conjunta dessas instituições, utilizando da legislação para fomentá-la.

Estudos sobre o que podemos chamar de “falta de integração sistêmica entre os diferentes âmbitos da Justiça Criminal”, no caso Ministério Público e Polícia, concluem que essa dissociação entre as instituições, acaba por multiplicar as fontes de tensão entre os seus agentes e compromete a eficiência do sistema como um todo. Além disso, esses estudos sugerem que as tensões entre os operadores do Sistema de Justiça Criminal não aparecem apenas entre os diferentes âmbitos, mas também entre os integrantes da própria instituição policial (AZEVEDO e VASCONCELOS, 2011, p. 59-75).

Há diversas pesquisas sobre essa “desarticulação” entre as agências criminais, verificando-se a “inexistência de padrão de registro unificado para os casos, o descompasso entre as formas organizacionais das diferentes agências (...) e as deficiências e incapacidades históricas de comunicação entre

todas as agências são alguns dos indicadores dessa desarticulação”. (RATTON, 2010, p.293-294)

Não se questiona a presidência do inquérito policial, mas sim a oportunidade que o legislador possui para desfazer desentendimentos ora surgidos entre as instituições, e incentivar práticas dinâmicas e modernas na condução das investigações com a participação do Ministério Público.

O próprio § 1º lido em conjunto com o *caput* contribui para a narrativa acima, eis que além da função constitucional de promover a ação penal, cabe ao Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial, nos termos de sua Lei Complementar 75/93 e art. 129, I e IV da CF.

Nesse passo, interessante abrirmos um tópico para melhor discutirmos esta relevante e ainda pouco difundida função do Ministério Público.

### 3.1.1 Do Controle Externo da Atividade Policial

A Constituição Federal propõe ao MP o controle externo da atividade policial, mas sem subsunção hierárquica. É um reflexo direto do sistema de freios e contrapesos, de fiscalização múltipla entre os órgãos.

Apesar do objeto deste estudo não ser o controle externo da atividade policial, que merece uma gama de considerações, entendemos necessário discorrer, mesmo que sinteticamente sobre o tema, em razão de sua relevância.

O controle consiste no conjunto de normas que regulam a fiscalização da atuação da polícia pelo Ministério Público, almejando as seguintes finalidades, entre outras: manter a regularidade e adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, fiscalização do cumprimento das deliberações judiciais, fiscalização da própria atuação investigativa na apuração de fatos criminosos, preservação dos direitos fundamentais dos presos em custódia policial e a melhoria da qualidade dos trabalhos desempenhados pela Polícia. Lembrando que o Ministério Público, por seus membros, exerce o controle externo tanto em seu aspecto difuso como no concreto, mas é especialmente no aspecto difuso que o membro do Ministério Público é instado a “fazer parte” da fase pré-processual, até mesmo para o melhor desempenho de sua atuação na fase processual. Trata-se de um sistema de cooperação mútua que não pode ser visto como interferência (art. 129, VII, da CF; Resolução nº 20 do Conselho Nacional do Ministério Público<sup>79</sup>; art. 9º e 10 da Lei Complementar nº 75/93).

O Promotor de Justiça Thiago André Pierobom Ávila (2014, p. 04), fez um breve apontamento sobre as possíveis conceituações do controle externo, afirmando:

<sup>79</sup> Resolução nº. 20 do CNMP está sendo impugnada na ADI 4220 pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

No plano doutrinário, o conceito do que é (ou deveria ser) o controle externo da atividade policial ainda não é unívoco, podendo ser elencadas as seguintes atividades que em muitas situações são referidas como sendo integrante do conceito de controle externo: controle da eficiência da atividade policial pelo órgão de acusação; comunicação e controle de todas as ocorrências de crimes pelo titular da ação penal, evitando-se ações policiais fora de controle formal ou a subnotificação de delitos; controle das linhas de investigação pelo órgão de acusação; existência de mecanismos processuais de documentação e prestação de contas (fiscalização) da atividade policial (direito fundamental a normas de organização e procedimentos: aspectos preventivo e repressivo); existência de mecanismos eficientes de questionamento da legalidade da atuação policial pelo cidadão, visando à apuração e repressão dos desvios, ou prestação de contas da atividade policial (proposição de punições administrativas ou criminais); regulamentação estrita da atividade policial, fechando-se as brechas de discricionariedade; atividade de auditoria de procedimentos policiais, visando reformas institucionais na Polícia (mediante inspeções, relatórios, recomendações, ou acompanhamentos); maior participação popular na gestão das políticas públicas de segurança, ou ainda trabalhos educativos de conscientização de cidadania e estímulo à formulação de reclamações sobre desvios policiais, para efetiva sua resolução.

Nesse sentido são diversas as finalidades do controle externo e seus fundamentos possuem diversos espectros, como zelar pela qualidade das investigações realizadas pela polícia e prevenir possíveis ilegalidades na condução do inquérito. Os fundamentos do controle externo da atividade policial, entre outros, são o próprio sistema acusatório e a preservação da segurança pública como interesse difuso a ser defendido pelo Ministério Público.

Com o controle externo, o Ministério Público não possui a intenção de assumir a função correicional das polícias, pois inexistente no controle externo qualquer vínculo com a ideia de subordinação ou hierarquia.

São formas de controle: a) controle difuso da atividade policial - É aquele exercido por Promotores com atuação criminal, quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos, ficando a seu cargo a verificação da regularidade da tramitação dos inquéritos policiais que lhes foram distribuídos, seja quanto ao respeito aos prazos do inquérito, quanto a qualidade

da investigação, a destinação de bens apreendidos, armas e drogas, propositura de medidas cautelares, entre outros aspectos que poderão ter relação com a legalidade e conteúdo da investigação;

b) controle concentrado da atividade policial - Aspecto que merece especial menção, visto ser atribuição relativamente nova para a instituição do MP, o fato é que somente a partir da regulamentação do CNMP pela Resolução 20 é que passou a exercê-la mais efetivamente, especialmente o controle concentrado. Em 2015, a partir da Resolução 121, o CNMP implementou visitas técnicas nas unidades policiais, com a obrigatoriedade de preenchimento de formulário, com diversos questionamentos balizadores do controle externo pelo Ministério Público. Assim, pode-se dizer que desde essa data, março de 2015, o controle externo concentrado tomou forma e com ele veio maior conhecimento e integração com as Polícias.

Não obstante o Ministério Público possua atribuição reconhecida para a condução de investigações criminais, sabemos que a maioria das investigações ainda são conduzidas pelas autoridades policiais, exatamente pela expertise que as polícias possuem na condução do Inquérito Policial.

Assim, mesmo com a existência de outros procedimentos de investigação criminal, o Inquérito Policial ainda é protagonista nessa seara, especialmente em relação aos crimes de maior incidência na sociedade como os crimes contra a vida e contra o patrimônio e, portanto a presença de outros atores não fragiliza a posição das autoridades policiais, pelo contrário, visa a melhoria da qualidade da atuação estatal em seu poder-dever de investigar, pois o último destinatário dessa atuação é a sociedade.

É certo que o inquérito policial possui uma finalidade que é subsidiar a persecução penal, sendo necessária uma atuação cooperativa entre os seus principais atores, Polícias e Ministério Público, visando a qualidade das investigações e por fim um processo penal mais eficiente e exitoso, sendo este o maior escopo da atuação do Ministério Público junto às polícias.

### **3.2 DA ABERTURA DO INQUÉRITO POLICIAL – ARTIGOS 22 AO 24**

A partir da Seção II, o PL n. 8.045/2010 trata a abertura do Inquérito Policial, dispondo o artigo 22 sobre as formas como o Inquérito Policial poderá ser iniciado e, nesse aspecto, é digno de nota que o legislador propõe a retirada da possibilidade de requisição de instauração de Inquérito Policial pela autoridade judiciária, em consonância com a adoção do sistema acusatório.

Apesar do Código de Processo Penal vigente prever a possibilidade de instauração de inquérito policial por meio de requisição do juiz (art. 5º, II, do CPP), a doutrina abalizada sempre criticou a permanência deste dispositivo na legislação processual, uma vez que tal possibilidade não se coaduna com

a adoção do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo só guarda pertinência com a ordem jurídica anterior à Constituição Federal, na qual se permitia aos magistrados até mesmo a iniciativa da ação penal, tal qual dispunha o revogado art. 531 do CPP, nos casos de homicídio e lesões corporais culposas. (OLIVEIRA, 2009, p. 47)

Não cabe ao juiz qualquer protagonismo no Inquérito Policial e nesse sentido a proposta de alteração é bem-vinda, fazendo uma leitura constitucional do processo penal.

Se o princípio basilar do sistema acusatório é o de que o órgão acusador não deve ser o mesmo órgão que irá julgar, por certo quem julga não deve ter o poder de requisitar a instauração de inquérito policial.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Renato Brasileiro. (2014, p. 123)

Num sistema acusatório, onde há nítida separação das funções de acusar, defender e julgar (art. 129, I), não se pode permitir que o juiz requisite a instauração de inquérito policial, sob pena de evidente prejuízo a sua imparcialidade. Portanto, deparando-se com informações acerca da prática de ilícito penal, deve o magistrado encaminhá-las ao órgão do Ministério Público, nos exatos termos do art. 40 do CPP. Nessa linha aliás, o art. 10 do CPPM faz menção apenas à requisição do Ministério Público, deixando de prever a possibilidade de a autoridade judiciária militar determinar a instauração de inquérito policial militar.

Assim, andou bem o legislador ao retirar do PL n. 8.045/2010 a possibilidade de requisição de instauração do Inquérito Policial pela autoridade judiciária.

Outro aspecto relevante do artigo 22, é o seu parágrafo 1º que determina a comunicação da abertura do Inquérito Policial ao Ministério Público.

Mais uma vez fica muito clara a adoção e reafirmação do princípio acusatório, verificando-se ainda que este parágrafo alinha-se às considerações por nós realizadas ao texto do *caput* do art. 21 do PL, uma vez que demonstra que o Ministério Público deve estar ciente sempre que for instaurado um Inquérito Policial, quer seja de ofício ou por requerimento da vítima, ou ainda de seu representante legal.

Não se trata apenas de questão protocolar, dar ciência ao Ministério Público, trata-se da compreensão de que este órgão deve acompanhar de forma ativa as investigações que ocorrem dentro de suas atribuições.

Assim, o parágrafo 1º acaba por confirmar nossas considerações de que uma via cooperativa entre as instituições é o meio mais eficiente para uma

investigação de qualidade e com o propósito de promover ações penais com lastro probatório de melhor qualidade.

O § 3º do art. 22, prevê recurso no caso de indeferimento de instauração do inquérito policial quando formulado o pedido pela vítima ou por seu representante legal, o que não é uma novidade em nosso sistema, porém, o dispositivo traz um prazo para que a autoridade policial se manifeste quanto ao pedido de instauração do inquérito policial, novidade interessante porque dá concretude a princípios que devem reger toda a Administração Pública, tanto aqueles previsto no art. 37 da Constituição Federal como aqueles previstos na Lei n. 9.784/99, valendo ressaltar que a atividade exercida pelo Estado no Inquérito Policial é administrativa, com a imposição de dever de decidir e informar o cidadão em prazo razoável quanto às petições ou requerimentos direcionados à administração pública.

Outro ponto que cabe destacar é que neste dispositivo, o legislador utilizou-se da expressão “autoridade policial” por nós compreendida como mais adequada, dessa forma, a melhor técnica legislativa prezaria pela utilização de uma expressão uniforme, sugerindo-se a expressão “autoridade policial”.

O artigo 23 disciplina a possibilidade de prisão em flagrante em crimes em que a ação penal depender de representação, estabelecendo prazo de 24 horas para que a representação seja oferecida sob pena de soltura do preso. Esse dispositivo acaba por encerrar uma discussão que havia em torno da possibilidade da prisão em flagrante nos crimes que dependam de representação da vítima.

O entendimento prevalente é o de que o art. 301 do CPP não distingue o tipo de ação penal para sujeitar “*quem quer que seja encontrado em flagrante delito*” ser preso. De acordo com Renato Brasileiro (2014, p. 873), em relação aos crimes cuja ação penal pública dependa de representação como condição de procedibilidade, a condução coercitiva daquele que está cometendo a infração poderá ocorrer, mas o auto de prisão em flagrante apenas poderá ser lavrado com a representação da vítima. A inovação no PL 8.045/2010 é além de deixar isso claro, também estabelecer um prazo limite para a representação nesses casos.

O artigo 24 impõe à autoridade policial o dever de comunicar à Corregedoria da Polícia, bem como ao Ministério Público, quando houver indícios de autoria ou participação em crime por policial, e nesse ponto desejou o legislador reafirmar as atribuições de controle externo do Ministério Público. Consigne-se que o art. 14-A<sup>80</sup>, acrescido ao CPP pela Lei n. 13.964/2019, traz redação muito semelhante com essa mesma lógica.

<sup>80</sup> Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Nesse passo, andou bem o legislador, eis que reconheceu e fomentou essa importante atividade ministerial que antes de qualquer conotação negativa que venham a lhe atribuir, é muito importante compreendermos que tais atuações visam dar respostas à sociedade sobre a atuação do Estado no exercício de seu poder de polícia na sua versão mais ostensiva que é o exercido pelas Polícias.

### 3.3 DAS DILIGÊNCIAS INVESTIGATIVAS – ARTIGOS 25 AO 30

Atualmente o art. 6º<sup>81</sup> do Código de Processo Penal trata das diligências investigativas a serem realizadas pela autoridade policial. Foram acrescentados ao texto do CPP, pela Lei n. 13.344/2016, os artigos 13-A e 13-B<sup>82</sup>, modernizando o rol de diligências, e estas últimas não estão previstas no PL n. 8.045/2010.

No parágrafo único do art. 25, do Projeto de Lei, há uma determinação que a autoridade policial cientifique previamente o Ministério Público sempre que realizar diligências relativas ao reconhecimento de pessoas e coisas, acareações ou determine a realização de reprodução simulada dos fatos.

<sup>81</sup> Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:  
I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;  
II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;  
III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;  
IV - ouvir o ofendido;  
V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;  
VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;  
VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;  
VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;  
IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.  
X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

<sup>82</sup> Art. 13-A. Nos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no § 3º do art. 158 e no art. 159 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no art. 239 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos.

(...)

Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

Nota-se que o PL 8.045/2010 permeia o inquérito policial com a participação do Ministério Público em diversos dispositivos, havendo a preocupação do legislador em aproximar o MP das investigações realizadas pela polícia, prestigiando o sistema acusatório e o controle externo da atividade policial.

Apesar do texto do Projeto de Lei não apresentar nesse ponto qualquer citação quanto à necessidade de preservação da cadeia de custódia, acreditamos ser importante trazer a questão a lume, contudo sem grandes prolongamentos para não desfocarmos da análise do projeto.

Sobre a cadeia de custódia pode-se conceituar como um ciclo de atos/eventos realizados com a finalidade de manter a idoneidade e integridade dos elementos que serão eventualmente utilizados como provas, sendo que atualmente tal disposição está prevista no artigo 158 – A, acrescido pela Lei n. 13.964/2019.

É interessante a ressalva realizada por Rogério Sanches (2020, p 177):

No Código de Processo, a precaução com a preservação da prova pericial sempre existiu, mesmo antes da Lei 13.964/19. Veja, por exemplo, o art. 6º, que estabelece que a autoridade policial, logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, comparecerá no local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais, estes encarregados também de liberar os objetos relacionados ao fato para a devida apreensão, procedendo-se à coleta de todas as provas aptas ao esclarecimento do crime.

Com efeito, se houver a quebra da cadeia de custódia das provas, pouco importando se causada de boa ou má-fé, surge inevitável dúvida quanto ao grau de confiabilidade das evidências colhidas pelos órgãos persecutórios, dúvida esta que há de ser interpretada em favor do acusado à luz da regra probatória do *in dubio pro reo*, razão pela qual tal evidência poderá ser excluída dos autos.

Aqui a função da polícia torna-se de grande relevância na preservação da cadeia de custódia, eis que as informações, documentos, instrumentos do crime, etc., são colhidos precipuamente na fase investigativa pela autoridade policial.

Consigne-se que essa relevância da atuação policial na preservação da higidez da cadeia de custódia, ocorre também pelo fato de que conforme se depreende da leitura dos artigos 158-A, 158-B e 158-C do CPP<sup>83</sup>, muitas

<sup>83</sup> Art. 158-A. 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 descarte.



---

(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contra perícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como

diligências partirem de decisões discricionárias da autoridade policial, pois em diversos momentos é a autoridade policial que determinará o que é ou não vestígio e o que merece ou não ser preservado. Essas decisões, apesar de discricionárias, necessitam de fundamentação e posterior análise quanto à sua pertinência, por isso todas devem ser devidamente relatadas compondo a historiografia dessa atividade.

Nesse sentido Rogério Sanches (2020, p. 193):

Em determinadas situações, por diversas e compreensíveis razões, pode não ser possível a realização de coleta por perito oficial (...). O agente, mesmo não sendo perito oficial, encarregado momentaneamente de proceder à coleta, deve observar todos os procedimentos técnicos previstos na *novatio legis*, sob pena de contaminar a cadeia de custódia.

No art. 26 foram atribuídas à autoridade policial diversas incumbências na condução das investigações. É importante que no cotidiano das atividades policiais essas incumbências sejam de fato realizadas pela autoridade policial, sob pena de tornar o texto letra morta e comprometer a eficiência da própria diligência.

Apesar de compreendermos que tais funções podem sobrecarregar as autoridades policiais, pois na prática verificamos que diligências importantes como busca e apreensão e mesmo o cumprimento de mandados de prisão nem sempre são realizados pelo Delegado(a) de Polícia, é necessário que haja empenho da instituição para a concretização da norma, por meio de gestão adequada como o aumento de pessoal ou mesmo, através de sistema de plantões específicos para atender tal demanda.

O legislador ao delegar tais incumbências à autoridade policial, sem dúvida desejou que este as cumprisse pessoalmente (cercado por sua equipe), que é o caso da alínea “e” - mandado de prisão e busca e apreensão, reservando aos investigadores, no inciso II, do art. 26, as atividades operacionais investigativas, incentivando estes a focarem no desempenho de tais atividades, o que é de salutar importância a eficiência e celeridade da investigação.

O artigo 27 traz uma tendência no processo penal, que é o resgate da vítima, que depois de um grande período no ostracismo, o seu redescobrimento dentro do fenômeno criminoso, ocorrido sobretudo após a Segunda Guerra

---

descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Mundial, é capaz de intervir significativamente no crime, em seu controle, estrutura e até à sua prevenção.

Aqui reportamos a uma pesquisa desenvolvida no âmbito do “Projeto Pensando o Direito” da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça que se dedicou ao estudo do papel conferido à vítima no processo penal brasileiro.

De acordo com a referida pesquisa, se há consenso em torno da ideia de que a presença da vítima no espaço público contemporâneo acarreta uma ruptura profunda na sociedade moderna, o mesmo consenso não se estabelece quando se trata de avaliar criticamente tal processo. Para alguns, essa emergência implicaria em novas formas de ação coletiva, de construção dos sujeitos sociais e em possibilidades de emancipação. Para outros, em contrapartida, tal fenômeno indicaria notadamente um novo fervor punitivo que se torna hegemônico na sociedade contemporânea e que ameaça as garantias e direitos conquistados ao longo da modernidade. (BRASIL, 2010, p.15)

Michel Wieviorka, (2005, p.81) sociólogo francês, é um dos autores que busca analisar essa transformação em termos de seus aspectos mais promissores. Para esse autor, trata-se efetivamente de uma verdadeira ruptura antropológica uma vez que nas sociedades tradicionais, mesmo que existisse a representação do sofrimento vivido, a figura da vítima era pouco relevante: suas dificuldades e seus traumatismos eram bem menos importantes do que o próprio significado da violência sofrida do ponto de vista da comunidade.

As questões acima são extremamente provocativas e nossa intenção não é aprofundá-las, mas tão somente suscitá-las. No que se refere às inovações no Inquérito Policial com a presença da vítima, especialmente com a finalidade de informá-la e preservá-la entendemos bem-vinda e necessária.

O artigo 28 do PL n. 8.045/2010, está em sintonia com os princípios da informação e transparência que devem nortear todos os atos administrativos.

Os demais artigos deste tópico não trazem inovações merecedoras de apontamentos diversos dos já realizados, dessa forma, a fim de se evitar redundância, passemos ao próximo tópico.

### **3.4 DO INDICIAMENTO**

Quanto ao indiciamento, previsto no artigo 31 do Projeto de Lei, poucos apontamentos cabem, haja vista que, conforme sabe-se, o indiciamento não é determinante para fins processuais penais. Na verdade, o instituto indiciamento e sua disciplina não é tratado pelo Código de Processo Penal vigente, apenas o art. 2º, § 6º da Lei n. 12.830/13, é que passou a dispor sobre o indiciamento, asseverando que “O indiciamento, privativo do delegado de

polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

Em diversos trechos, o Código de Processo Penal usa a expressão indiciado, mas não há um dispositivo disciplinando este ato, que achamos absolutamente dispensável.

Contudo, o indiciamento não vincula o Ministério Público, que poderá por exemplo, promover o arquivamento do Inquérito Policial, mesmo havendo indiciamento do investigado pela autoridade policial. Aliás, não só o indiciamento, como o relatório como um todo não vincula o membro do Ministério Público, o que nos faz concluir a sua desnecessidade.

### **3.5 DOS PRAZOS DE CONCLUSÃO**

Os prazos para a conclusão do Inquérito Policial estão previstos nos artigos 32 e 33 do PL n. 8.045/2010.

No projeto de lei, há uma significativa alteração no prazo de conclusão do inquérito policial. Caso o investigado esteja solto, o prazo será de 90 dias, se estiver preso, o prazo passa a ser de 15 dias. No primeiro caso, se o período previsto em lei para conclusão do inquérito não for o suficiente para a conclusão das investigações, a autoridade policial comunicar suas razões ao Ministério Público, pormenorizando as diligências faltantes, com os autos principais ou complementares na polícia para continuar a investigação, salvo se houver requisição dos autos pelo Ministério Público.

Com a propositura do novo texto legal, referida comunicação ao órgão ministerial deverá ser renovada a cada 30 dias, podendo o Ministério Público requisitar os autos a qualquer tempo. Vale ressaltar, que o art. 33 do PL 8.045/10 impõe o prazo máximo de 720 dias para a conclusão do inquérito policial, podendo ainda ser prorrogado pelo tempo necessário para encerramento das diligências faltantes, caso tratar-se de investigação complexa e devidamente justificada pela a autoridade policial, ouvido o MP.

Neste ponto, salientamos que o prazo de 90 dias para a conclusão do inquérito policial nos casos de investigado solto implica em período longo sem que o Ministério Público tenha conhecimento das diligências realizadas para a devida apuração dos fatos, até o seu encaminhamento com o relatório final ou pedido de dilação, não obstante possa requisitar os autos a qualquer tempo.

Por outro lado, é certo que o prazo de 720 dias concedido pelo legislador para o encerramento do inquérito policial em caso de investigado solto, aparentemente generoso, demonstra-se de grande valia, visto que na atual sistemática (art. 10 do CPP) não há prazo limite para a conclusão. Ocorre que a partir dos 30 dias sem que haja a conclusão do inquérito, os pedidos de

dilação de prazo podem se suceder sem limite de prazo máximo legal, ficando a cargo do Ministério Público a análise de tais pedidos.

Há de se fazer um alerta relativamente a outros prazos previstos na legislação penal extravagante<sup>84</sup>, que deverão ser respeitados em razão do princípio da especialidade. (SANCHES, 2020, p.85)

Ressalva-se que embora o legislador não tenha sido explícito quanto a forma de tramitação do inquérito, o fato é que fica claro que a tramitação se dará, como de fato já ocorre entre Ministério Público e Polícia, diga-se em relação a dilatações de prazo e eventuais diligências requisitadas pelo órgão no exercício do controle externo difuso.

Salienta-se que o legislador se refere tão somente à conclusão do inquérito e não dos Termos Circunstanciados de Ocorrência – TCO, que em verdade tramitam como verdadeiros inquéritos, considerando que em muitos deles são requisitadas diligências complementares pelo Ministério Público, e considerando que os TCO's apuram crimes de menor potencial ofensivo, é importante estar atento ao prazo de conclusão, especialmente em relação aos prazos prescricionais muito mais exíguos.

Por fim, o artigo 33, § 2º, prevê que:

“Diante da complexidade da investigação, constatado o empenho da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, o juiz das garantias poderá prorrogar o inquérito pelo período necessário à conclusão das diligências faltantes.”

A redação do dispositivo conflita com o sistema acusatório porque não há qualquer justificativa razoável para a necessidade da intervenção do judiciário nas hipóteses, apenas a genérica menção à “complexidade da investigação”, nem mesmo qualquer alusão a diligências sobre as quais recaiam cláusula de reserva de jurisdição, como por exemplo, os pedidos cautelares.

Ressalta-se que o artigo 3-B<sup>85</sup> acrescido ao Código Processo Penal pela Lei n. 13.964/2010, cuja eficácia encontra-se suspensa por decisão proferida

---

<sup>84</sup> Art. 51 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas); Lei n. 1.521/1951; art. 20 do Código de Processo Penal Militar.

<sup>85</sup> 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: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

(...)

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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

pelo STF, traz hipótese semelhante, mas com uma redação mais restritiva a essa atuação do Juiz das Garantias, prevendo que caberá a ele apenas decidir quanto à prorrogação das investigações em caso de investigado preso.

### 3.6 DO RELATÓRIO, DA REMESSA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO ARQUIVAMENTO

Os artigos 34 ao 41 do Projeto de Lei n. 8.045/2010, tratam respectivamente sobre o relatório, remessa dos autos ao Ministério Público e arquivamento do inquérito policial.

A Lei n. 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, já realizou uma grande mudança no procedimento do arquivamento do Inquérito Policial, alterando a redação do art. 28 do CPP, indo ao encontro das melhores práticas e técnicas, considerando e ressaltando a opção político-legislativa por um processo penal acusatório, sendo retirado do juiz o controle do arquivamento, deixando essa decisão apenas no âmbito do Ministério Público.

Cumpramos ressaltar que o dispositivo está com sua eficácia suspensa, em razão de medida cautelar concedida pelo Min. Luiz Fux do STF, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, entretanto, em razão da sistemática proposta no PL n. 8.045/2010 ser no mesmo sentido da alteração promovida pela Lei n. 13.694/2019, faremos a análise de acordo com essas propostas. Certamente o legislador recepcionará o texto já aprovado e fará as devidas adequações ao texto do PL em comento.

A presença do juiz no controle do arquivamento do inquérito policial, vulnerabilizava o sistema acusatório adotado pela Constituição de 88, uma vez que só cabe ao juiz julgar, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, devendo ter o controle do oferecimento ou não da denúncia, sob pena de prejuízo à imparcialidade do juiz, que ao discordar do arquivamento e remeter ao Procurador-Geral de Justiça (PGJ) de certa forma, já antecipava seu juízo condenatório. Assim, a alteração na sistemática do arquivamento mais uma vez privilegia o sistema acusatório e a titularidade da ação penal pública.

A partir de então, o Ministério Público não fará mera “promoção” de arquivamento ao juiz, que homologa ou não, como o artigo 28 *caput* vigente<sup>86</sup> prevê. Com a alteração, o MP “ordenará” o arquivamento e remeterá os autos à instância de revisão dentro da própria instituição para fins de homologação, ou seja, o arquivamento passaria a ocorrer unicamente no âmbito do próprio Ministério Público – decisão interna *corporis*, não havendo mais o controle judicial.

<sup>86</sup> Referimos ao 28, *caput* vigente, em razão da suspensão do texto modificado pelo Pacote Anticrime, ou seja, estamos nos referindo ao texto do art. 28 pré-reforma realizada pela Lei n. 13.964/2019

Daí que os autos do inquérito não chegam mais às mãos do juiz, exceto em situações nas quais envolvam restrições a direitos fundamentais do investigado. Caso contrário, o que se tem é a simples comunicação da abertura do inquérito à instância judicial, já que a tramitação unirá polícia e Ministério Público por uma via de mão dupla. (SILVEIRA, 2009. p. 90)

O juiz, com o vigente art. 28 do CPP, já não tem poderes para arquivar de ofício, agora, com a alteração realizada pela Lei n. 13.964/2019 muito menos, nem mesmo nos casos de foro por prerrogativa de função, pois o Ministério Público continua sendo titular da ação penal.

O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM)<sup>87</sup>, apresentou o enunciado n. 8, sobre o tema:

“A nova redação do art. 28 do CPP, em harmonia com o princípio acusatório, dispõe que o arquivamento do inquérito policial não se reveste mais de um mero pedido, requerimento ou promoção, mas de verdadeira decisão de não acusar, isto é, o promotor natural decide não proceder à ação penal pública, de acordo com critérios de legalidade e oportunidade, tendo em vista o interesse público e as diretrizes de política criminal definidas pelo próprio Ministério Público”.

Dessa forma, a partir de então, o arquivamento dar-se-á a partir da conclusão do membro do Ministério Público, que, no entanto, submeterá sua promoção de arquivamento a homologação da instância de revisão ministerial, ou seja, tramitará exclusivamente no âmbito do Ministério Público.

A mesma ideia deverá ser observada quanto aos Termos Circunstanciados de Ocorrência, nesse sentido Rogério Sanches (2020, p. 115) discorre:

“O artigo 28 do CPP, com sua nova arquitetura, deve ser observado não apenas nos inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público. Também nos Termos Circunstanciados, quando promovido seu arquivamento, os autos serão encaminhados para a instância de revisão do Ministério Público.”

---

<sup>87</sup> Os enunciados interpretativos do “Pacote Anticrime” foram elaborados por uma Comissão Especial composta pelo presidente do CNPGE e procurador-geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, Paulo Cezar dos Passos; pelo presidente do GNCCRIM e procurador-geral de Justiça do MP do Rio Grande do Sul, Fabiano Dallazen; e pelo vice-presidente do GNCCRIM e procurador-geral de Justiça do Maranhão, Luiz Gonzaga Martins Coelho.

O Enunciado n. 7 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da. União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM):

“Compete exclusivamente ao Ministério Público o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza. Trata-se de ato composto, constituído de decisão do promotor natural e posterior homologação pela instância de revisão ministerial (Procurador-Geral de Justiça ou órgão delegado).

Outra interessante novidade que também já foi incorporada ao texto do CPP vigente, pela Lei n. 13.694/2019, é a possibilidade de participação da vítima nesse momento de arquivamento da investigação, trazendo a obrigatoriedade de comunicação da decisão à vítima, ao investigado e à autoridade policial.

A comunicação da vítima deverá ser feita para que, em caso de não concordância, possa ela submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial (art. 28, §1º do CPP).

(...)

§ 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.

Diga-se que tal comunicação à vítima poderá ser feita pelos meios eletrônicos com vistas a autorização outorgada na Lei 11.609/08. Assim, poderá se dar por e-mail e até por plataformas de comunicação usuais.

A leitura desse art. 28, §1º, CPP traz uma aparente antinomia (conflito aparente) em relação ao *caput*, que diz que todo arquivamento será submetido à revisão superior, e ao ler o §1º do art. 28, fica a impressão de que somente seriam remetidos os autos à instância de revisão ministerial se a vítima ou seu representante fizesse pedido nesse sentido.

Mas essa contradição é apenas aparente porque, uma leitura acurada do texto nos leva à conclusão de que o membro do Ministério Público ordenará o arquivamento e comunicará os interessados, inclusive a vítima. Feita a comunicação à vítima, começa a correr um prazo de 30 dias e após o término do prazo, os autos obrigatoriamente são encaminhados à instância



de revisão ministerial. Assim, a remessa à instância de revisão ministerial é sempre obrigatória, o que trouxe o § 1º foi a possibilidade da vítima apresentar um arrazoado.

Segue o Enunciado n. 14 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM):

“Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer elemento de informação, o órgão de execução do Ministério Público comunicará a vítima, o investigado e a autoridade policial, da forma mais célere possível, preferencialmente por meio eletrônico, inclusive por aplicativos de troca de mensagens ou recurso tecnológico similar, na forma de regulamentação própria. Não sendo localizadas, a comunicação da vítima e/ou investigado poderá ser por edital no Diário Oficial do Ministério Público, na forma de regulamentação própria”.

Ainda em relação ao §1º do art. 28 do CPP, além da vítima, também deve ser dada a possibilidade de o investigado apresentar suas razões. Assim sendo, deve haver interpretação extensiva no sentido de admitir que, se o investigado tiver interesse, ele também pode apresentar razões à instância do órgão ministerial, pois ele possui nítido interesse na homologação da decisão de arquivamento.

O Supremo Tribunal Federal<sup>88</sup> entende que, quando o juiz rejeita a peça acusatória e o Ministério Público recorre, o juiz deve intimar o denunciado para apresentar contrarrazões, já que o investigado tem interesse na manutenção da rejeição da peça acusatória, sendo este o raciocínio a ser aplicado nos casos de arquivamento do inquérito.

A Lei n. 13.964/2019 previu ainda que, quando o promotor ordena o arquivamento, o fato deve ser comunicado à vítima, ao investigado e à autoridade policial, tendo se omitido quanto ao (juiz das garantias), pois se o juiz das garantias é comunicado sobre a instauração de qualquer investigação, ele também deve ser comunicado sobre eventual arquivamento<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> Enunciado n. 707 da Súmula do STF - Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.

<sup>89</sup> “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: (...) IV – ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; (...)”

Assim, deve ser feita a interpretação extensiva do art. 28, caput, CPP, para que se entenda que há necessidade de comunicação ao juiz do caso, para que possa haver a revogação de eventuais medidas cautelares, restituição de coisas apreendidas, etc.

No mesmo sentido é o Enunciado n.º 16 do CNPG e do GNCCRIM:

“Homologado o arquivamento pelo órgão revisor do Ministério Público, os autos serão remetidos ao juízo competente a fim de (i) comunicar o juízo, bem como (ii) permitir que as partes tenham amplo acesso aos autos acautelados na respectiva secretaria, a teor da norma inserta no art. 3º-C, §4º, do CPP”.

O Projeto de Lei n. 8.045/2010, neste ponto faz a exigência de comunicação do arquivamento ao juiz, nos termos do seu art. 41, conforme o entendimento por nós aqui exarado.

Um questionamento interessante é o referente à atribuição de revisão ministerial para fins de homologação de arquivamento de inquérito policial, uma vez que o artigo 28, § 1º, com redação dada pela Lei n. 13.694/2019, deixa a cargo da lei essa definição.

No âmbito do Ministério Público Federal (MPF) e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), a revisão ministerial para fins de homologação de arquivamento de inquérito policial será feita pela respectiva Câmara de Coordenação e Revisão. No caso do MPF, essa atribuição é da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, nos termos da Lei Complementar n. 75/1993.<sup>90</sup>

Já no âmbito do Ministério Público Estadual, a entendimentos diversos ainda sendo estudados, para alguns a atribuição deverá ficar a cargo do Conselho Superior do MP, fazendo um paralelo com a Lei da Ação Civil Pública<sup>91</sup>. Para outros, a revisão ministerial deverá ficar a cargo do PGJ, nos termos da Lei n. 8.625/93<sup>92</sup>, seguindo sistemática próxima à vigente prevista na redação

<sup>90</sup> “Art. 62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão: (...) IV – manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral; (...)”

<sup>91</sup> Lei n. 7.347/85 “Art. 9º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente. §1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.”

<sup>92</sup> Lei n. 8.625/93 “Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça: (...) IX – designar membros do Ministério Público para: (...) d) Oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses

do *caput* do art. 28 do CPP. Sem prejuízo do PGJ poder delegar essa atribuição ao “Promotor do 28”, que é o promotor de justiça que trabalha com o procurador-geral exercendo as funções de reavaliar os inquéritos remetidos em razão do art. 28, na sua redação vigente.

No entanto, o PL n. 8.045/2010 no artigo 38, § 1º propõe que seja o Conselho Superior do Ministério Público a instância revisora.

Nosso entendimento é de que se deve manter o texto já aprovado pela Lei n. 13.964/2019, que deixa a cargo dos Ministérios Públicos que dentro de sua estrutura administrativa poderão dispor sobre a matéria.

Ainda, quanto ao prazo concedido para a apresentação de recurso administrativo, o texto proposto pelo PL (art.38, §1º) concede prazo menor (15 dias) que a redação conferida ao §1º do art. 28, pela Lei n. 13.964/19, que concede o prazo de trinta (30) dias.

Com o sistema de revisão interna obrigatória, o espaço de discricionariedade do Ministério Público aumentou. Esta é uma das consequências da expressão do princípio acusatório no artigo 3º-A do CPP. A novidade exigirá o aperfeiçoamento da Resolução 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que cuida do procedimento de investigação criminal (PIC) e também trata do arquivamento de inquéritos policiais.

### 3.7 DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

O último tema que trata o Projeto de Lei n. 8.045/2010, no que se refere à investigação criminal, disposto nos artigos 42 e 43, é a identificação criminal.

O artigo 42 do PL n. 8.045/10<sup>93</sup>, repete os termos da Constituição Federal, destacando que “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.”

A identificação criminal é um procedimento destinado a registrar os dados corretos da pessoa investigada, fornecendo inicialmente à autoridade policial e, em um segundo momento, ao Poder Judiciário, a segurança necessária quanto à individualização da pessoa em relação a qual o Estado realizará a persecução penal.

---

de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informações; (...)”

<sup>93</sup> Art. 42 – O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal salvo nas hipóteses previstas em lei.

§ 1º Havendo necessidade de identificação criminal, a autoridade tomará as providências necessárias para evitar constrangimentos ao identificado.

§ 2º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante ou do inquérito policial.

A proposta legislativa nesse ponto acrescenta muito pouco, seus dispositivos já constam de previsão idêntica na Lei n. 12.037 de 2009 que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art.5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, sendo lei especial, há de prevalecer sobre o Código de Processo Penal.

O artigo 5º da Lei n. 12.037/2009<sup>94</sup> e o 5º-A incluído pela Lei 12.654/2012<sup>95</sup>, para prever a coleta de perfil genético como espécie de identificação criminal disciplinam de forma exaustiva o tema – identificação criminal – sendo lei especial, regulamentadora da Constituição Federal.

Dispõe o art. 5º da Lei nº 12.037/09, que a identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. Assim, são espécies de identificação criminal: a) Identificação datiloscópica; b) Identificação fotográfica; c) Identificação do perfil genético (DNA).

A Lei n. 13.694/2019 acrescenta mais uma novidade à Lei n. 12.037/2009, introduzindo no ordenamento jurídico, o Banco Multibiométrico – inserindo o art. 7º-C<sup>96</sup>, grande novidade e valioso instrumento

<sup>94</sup> Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3o, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

<sup>95</sup> Art. 5o-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1o As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 2o Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 3o As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

<sup>96</sup> Art. 7º-C. Fica autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

§ 1º A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal.

§ 2º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais.

§ 3º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal.

§ 4º Poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos quando não tiverem sido extraídos por ocasião da

que poderá ser utilizado nas investigações criminais.

Não podemos confundir, e isso é importante ressaltar, a identificação criminal com a qualificação do investigado. A identificação criminal diz respeito à identificação datiloscópica, fotográfica e genética, e só é possível nos casos previstos em lei (CF, art. 5º, LVIII). A qualificação do investigado deve ser compreendida como sua individualização, através da obtenção de dados como nome completo, naturalidade, filiação, nacionalidade, estado civil, domicílio, etc.

A mesma advertência cabe quanto a uma possível confusão entre identificação criminal com reconhecimento de pessoas. Naquela, notadamente nas hipóteses de identificação datiloscópica e do perfil genético, há o emprego de técnica científica, sendo que o ato de identificação pressupõe conhecimentos técnicos por parte do identificador. No reconhecimento de pessoas (CPP, art. 226), não se exige habilidade específica, cuidando-se de mera comparação leiga feita com a finalidade de se encontrar semelhanças entre pessoas. Assim, pode-se dizer que, enquanto o reconhecimento é feito por uma pessoa leiga, a identificação é feita por um técnico, de regra, os papiloscopistas.

Nesse ponto, é interessante mencionar a realidade dos bancos nacionais dos institutos de identificação, uma vez que se constata ausência de interligação entre os bancos das unidades federativas, sendo, portanto, necessária a realização de pesquisa manual, que se dá por meio de expediente a cada instituto de identificação no país, o que torna todo o procedimento moroso.

---

identificação criminal.

§ 5º Poderão integrar o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, ou com ele interoperar, os dados de registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação Civil.

§ 6º No caso de bancos de dados de identificação de natureza civil, administrativa ou eleitoral, a integração ou o compartilhamento dos registros do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será limitado às impressões digitais e às informações necessárias para identificação do seu titular.

§ 7º A integração ou a interoperação dos dados de registros multibiométricos constantes de outros bancos de dados com o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais ocorrerá por meio de acordo ou convênio com a unidade gestora.

§ 8º Os dados constantes do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente.

§ 9º As informações obtidas a partir da coincidência de registros biométricos relacionados a crimes deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial habilitado.

§ 10. É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

§ 11. A autoridade policial e o Ministério Público poderão requerer ao juiz competente, no caso de inquérito ou ação penal instaurados, o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.”

Em regra, é a autoridade policial que determina a identificação criminal, podendo também fazê-lo independente de prévia ordem judicial. No entanto, existe ressalva no art. 3º, IV, da Lei 12.037/2009, relativo à identificação criminal baseada na imprescindibilidade para as investigações policiais, para a qual a lei exige expressamente decisão da autoridade judiciária competente.

Ademais, apesar de não estar exigida expressamente pela lei, importante ter em mente que a decisão da autoridade policial que determinar a identificação criminal deva apresentar o mínimo de fundamentação, até mesmo para elidir eventual imputação do crime de abuso de autoridade.

Da mesma forma, tratando-se de identificação determinada pelo juiz, é evidente que a decisão também deverá estar fundamentada, nos termos do art. 93, IX, da CF.

Quanto aos documentos atestadores da identificação civil, estes estão previstos no art. 2º da Lei n. 12.037/2009<sup>97</sup>.

Contudo, a própria Constituição e nessa toada, a Lei de Identificação Criminal e também o PL 8.045/2010, dispõe as exceções autorizadas da identificação criminal independente de anterior identificação civil, em seu art. 3º<sup>98</sup>, não sendo objetivo deste trabalho a análise exaustiva dessas hipóteses.

Por fim, o art. 43 do PL n. 8.045/2010 dispõe sobre o prazo de manutenção da identificação fotográfica no inquérito policial.

---

<sup>97</sup> Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:

I – carteira de identidade;

II – carteira de trabalho; (Revogado pela Medida Provisória nº 905, de 2019)

III – carteira profissional;

IV – passaporte;

V – carteira de identificação funcional;

VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.

<sup>98</sup> Lei 12.037/09, Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Art. 43 No caso de não oferecimento ou rejeição da denúncia ou ainda no de absolvição, é facultado ao interessado, após o arquivamento definitivo do inquérito ou do trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou do processo, desde que apresente provas de sua identidade civil.

A redação proposta pelo PL é idêntica ao art. 7º da Lei n. 12.037/2009. Porém, a lei de identificação criminal traz uma hipótese específica para a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados, prevendo que ocorrerá em caso de absolvição do acusado ou no caso de condenação deste, mediante requerimento após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. Tal previsão deverá ser observada visto que a Lei de Investigação Criminal, como lei especial, prevalecerá sobre a norma geral.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Projeto de Lei n. 8.045/2010, conforme analisado, traz um grande avanço ao estabelecer de forma expressa a opção legislativa e de política criminal, pelo sistema acusatório, nos termos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

É fato que todas as alterações legislativas ocorridas nos últimos anos no Código de Processo Penal, vêm sendo realizadas de forma a dar maior concretude aos anseios do Constituinte de 88.

O Inquérito Policial, apesar de ser um procedimento administrativo pré-processual, não tem como ser tratado de forma isolada do processo penal, eis que lhe serve de substrato. Assim, deve refletir a opção pelo sistema acusatório, prestigiando a participação efetiva do Ministério Público, além de resguardar direitos fundamentais do investigado e da vítima.

Fica evidente na proposta de alteração do novo Código de Processo Penal, a tendência de atribuir contornos mais democráticos às investigações criminais, inclusive ao Inquérito Policial. E nesse aspecto o Projeto de Lei n. 8.045/2010 trouxe diversos avanços, sendo que algumas de suas propostas já foram previstas pela Lei n. 13.964/2019 – Pacote Anticrime, até mesmo com uma redação mais abrangente, e, portanto, tais alterações realizadas por essa “reforma” de 2019 muito provavelmente serão recepcionadas integralmente no texto final.

Apesar de algumas considerações que foram realizadas ao longo do texto, que podem servir de substrato para um aprimoramento do Projeto de Lei n.º 8.045/2010, em nossas considerações finais acreditamos que seja de maior relevância destacar que o legislador reconhece no texto legal

proposto, o papel do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, especialmente quanto à regularidade da atividade policial no curso do inquérito, possibilitando com mais clareza que o órgão busque a qualidade da investigação, que fiscalize o respeito às garantias constitucionais do investigado e da vítima, e também identifique eventuais excessos policiais ocorridos no curso da investigação. Tais ajustes ao texto legal são fundamentais para que o Inquérito Policial possa servir de lastro probatório idôneo à persecução penal.

Em vários dispositivos, o legislador prestigia o sistema acusatório e o controle externo da atividade policial, desde o momento da instauração do inquérito, como por exemplo quando exige a comunicação imediata da abertura do inquérito policial ao Ministério Público (art. 22,§1º), quando estabelece a comunicação imediata do Ministério Público em havendo indícios de infração cometida por policiais (art. 24) e ainda , a cientificação do Ministério Público na realização de determinadas diligências (art. 25, parágrafo único).

Ademais, na redação do projeto de lei o legislador preencheu lacunas contidas no texto atual, como a necessidade de comunicar a vítima de vários atos praticados no curso do inquérito, como o prazo limite de conclusão do inquérito e a necessidade da autoridade policial justificar-se, caso não consiga concluir a investigação no prazo. Tais avanços estão em consonância com as melhores práticas das atividades prestadas pela Administração Pública.

Importante que se diga que o inquérito policial, instrumental que é, deve ser procedimento eficiente e célere, vinculado à observância dos direitos fundamentais e comprometido com a busca de provas coletadas dentro dos parâmetros da legalidade.

Por fim, ressaltamos no presente estudo, sem, contudo, adentrar ao tema, a necessidade de que uma alteração substancial no modelo de polícia brasileiro deva ser objeto de preocupação do legislador, sem a qual qualquer reforma no inquérito policial se mostrará inócua para os fins pretendidos, de ter um procedimento alinhado ao texto constitucional e, moderno no seu engajamento com as demais etapas do processo penal e seus atores.

Dessa forma, o PL 8.045/2010, no que se refere ao tema “inquérito policial”, promove alterações importantes e muito bem-vindas quando se alinha ao texto constitucional, expressamente adotando o sistema acusatório, que deve nortear todas as fases da persecução penal, reconhecendo os papéis do Ministério Público no curso das investigações conduzidas pela polícia. Em que pese a necessidade de aprimoramento de partes do texto, nos termos discorridos no presente trabalho, não podemos deixar de consignar que as alterações ressaltadas acima, promovem uma ressignificação da fase do inquérito e o que se espera que tal culmine numa mudança na cultura das instituições policiais.



## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Controle externo da atividade policial pelo ministério público**. Tese (tese em ciências jurídico-criminais) - Universidade de Lisboa. Lisboa, 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **O Inquérito Policial em Questão: situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre a fragilidade do modelo brasileiro de investigação criminal**. Sociedade e Estado (UnB. Impresso), v. 26, 2011, p. 59-75.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 8.045 de 2010**. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263). Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 156 de 2009**. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645](http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645). Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 168 de 2019**. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2224818](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2224818). Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75/1993**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm). Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.784/1999**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm). Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.625/1993**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm). Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 20 do CNMP**. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/479](http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/479). Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. Série Pensando o Direito. **O papel da vítima no processo penal**. Ministério da Justiça. Brasília: 2010.

BRASIL. Parecer do Relator Parcial, PRP 5 PL804510. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263). Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014.

BONFIM, Edílson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria e garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). **Estudos contemporâneos de polícia judiciária**. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 83-96.

LUZ, Denise. **A opção constitucional por um sistema acusatório: Algumas breves reflexões sobre o Inquérito Policial na Reforma do Código de Processo Penal**. In: Congresso Internacional de Ciências Criminais, II Edição, 2011, Porto Alegre. Anais do Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: Editora PUCRS. 2011.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v. I. 3. ed. Millenium: Campinas, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 57.

MISSE, Michel. **O inquérito policial no Brasil: Uma pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ, 2010.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; ORTIZ, Luiz Fernando Zambrana. **Inquérito Policial Eletrônico: tecnologia, garantismo e eficiência na investigação criminal**. In: Estudos Contemporâneos de polícia judiciária. São Paulo: Editora LTr, 2018. p.83-96.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. **A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RATTON, José Luiz et al (2010) “Refletindo sobre o inquérito policial na cidade do Recife: uma pesquisa empírica” in Michel Misse, **O inquérito policial no Brasil: Uma pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ, Booklink.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: RT, 2004.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O Código, as cautelares e o juiz das garantias**. Revista de Informação Legislativa n. 183, jul/set. 2009. p. 90.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2016.

WIEVIORKA, Michel. **La violence**. Paris: Hachette, 2005.



## A PREVISÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Lenize Martins Lunardi Pedreira<sup>99</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa analisar a previsão da figura do Juiz das Garantias no Projeto do Novo Código de Processo Penal (PL 8045/2010), sobretudo perlustrando a (in) viabilidade de sua implementação diante da realidade do Poder Judiciário Brasileiro e sua (des) necessidade na perspectiva do sistema predominantemente acusatório vigente no país.

**Palavras-chave:** Juiz das Garantias – Sistema Acusatório – Projeto do novo Código de Processo Penal.

**Sumário:** 1. Considerações Iniciais. 2. Fundamentos para Criação do Juiz das Garantias. 3. Dificuldade Prática na Implementação do Juiz de Garantias no Brasil. 4. Ações Direta de Inconstitucionalidade em face dos dispositivos que tratam da Criação do Juiz das Garantias na “Lei Anticrime”. 5. Da Competência do Juiz das Garantias. 6. Análise de Outros Dispositivos. 7. Conclusão. 8. Referências.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Projeto do Novo Código de Processo Penal ((PL 8045/2010) traz à baila a figura do juiz das garantias. Importante ressaltar que a Lei n. 13.964/2019, conhecida como “Lei Anticrime”, previu, também, o juiz das garantias, introduzindo no vigente Código de Processo Penal os art. 3.º-A a art. 3.º-F (dispositivos atualmente suspensos pelo Supremo Tribunal Federal, conforme será abordado com detalhes mais à frente).

Destaca-se que, para os fins deste trabalho, levou-se em consideração o último texto elaborado pelo grupo de trabalho, designado pelo Ato do Presidente da Casa de Leis, de 10 de junho de 2021, para elaboração do projeto do novo Código de Processo Penal.

Segundo o art. 15 do Projeto do novo CPP, o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela

---

<sup>99</sup> Promotora de Justiça no Estado de Mato Grosso do Sul. Foi Promotora de Justiça no Estado do Paraná. Foi Promotora de Justiça no Estado de Minas Gerais. Aprovada também no Concurso para Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Foi assessora jurídica no Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Formou-se em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados (2010). Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal da Grande Dourados (2014). Mestranda em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados.

salvaguarda dos direitos individuais, cabendo-lhe decidir sobre questões relacionadas a tais temáticas, que são apresentadas, em rol exemplificativo (ex vi do inciso XXI), nos incisos do mencionado dispositivo.

A competência do juiz das garantias está relacionada à primeira fase da persecução penal e abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo (art. 16, caput). No mais, cessa sua competência com o recebimento da ação penal; recebida a inicial acusatória, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento, que não se vinculará às anteriores decisões do “juiz das garantias”, podendo rever se permanecem necessárias as cautelares em curso.

Nessa perspectiva, passar-se-á, na sequência, a abordar a temática em questão, mormente trazendo comentários e reflexões acerca dos motivos que deram supedâneo à criação do juiz das garantias, suas atribuições segundo o Projeto do novo CPP, bem como sobre a sua (in) compatibilidade com a normativa constitucional e dificuldade de implementação diante do cenário brasileiro.

## 2 FUNDAMENTOS PARA CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

Os principais argumentos para a previsão do juiz das garantias são a adoção do sistema acusatório e a necessidade de garantir-se a imparcialidade do juízo.

Pois bem, o Projeto do Novo CPP vem a consagrar, expressamente, o sistema processual acusatório<sup>100</sup> (em contraposição ao sistema inquisitorial<sup>101</sup>), o qual encontra baldrame na Constituição Federal (art. 129, I, CF), em que as figuras daqueles que acusam, defendem e julgam não se encontram em uma mesma pessoa. Nas palavras de Renato Brasileiro:

O sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo caracteriza-se, assim, como legítimo *actum trium personarum*. (DE LIMA, 2014, p. 45)

<sup>100</sup> “O sistema acusatório vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. A partir do século XII entra em declínio, passando a ter prevalência o sistema inquisitivo. Atualmente, o processo penal inglês é aquele que mais se aproxima de um sistema acusatório puro.” (DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal, Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 46)

<sup>101</sup> “Adotado pelo Direito Canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII.” (Ibidem, p. 46)

Um dos principais aspectos que diferencia o sistema inquisitorial do sistema acusatório é a gestão da prova. No primeiro, ao juiz inquisidor é destinada ampla iniciativa probatória, ostentando liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, no curso da investigação ou no do processo. Por outro lado, no sistema acusatório, a gestão da prova cabe às partes, estando o juiz equidistante, sendo destinado a ele, como ensina Renato Brasileiro de Lima (DE LIMA, 2014, p. 46), “um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais”.

Importante ressaltar que, quando da entrada em vigor do CPP de 1941, o entendimento dominante era de que ele estabelecia um sistema misto<sup>102</sup>, isto é, formado pelo inquérito policial, de caráter inquisitorial, e pelo processo, de índole acusatória. Todavia, com a Constituição Federal (CF) de 1988, e a previsão constante de seu art. 129, I, que claramente separa as funções de acusar, defender e julgar, sustenta-se de forma majoritária, com acerto, que o sistema brasileiro é acusatório.

Porém, sabe-se que o CPP atual não adota um sistema acusatório puro, inclusive porque, por exemplo, no art. 156, faculta ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes. O projeto do novo CPP, além de prever de forma explícita o sistema acusatório, ainda não traz mais tal previsão em seu texto.

De qualquer forma, ensina-se, em sede doutrinária, que não há como se falar, analisando a prática legislativa, de modelo de sistema jurídico inteiramente acusatório ou inteiramente inquisitivo, mas sim de sistema predominantemente acusatório ou predominantemente inquisitivo.

Sobre o tema, Busato ensina:

Nessa dinâmica, é possível dizer que o sistema do processo penal brasileiro progressivamente ganha cores acusatórias, já que veio historicamente marcado por um perfil inquisitivo. Em primeiro lugar, a partir da determinação constitucional que estabelece de modo expresso o monopólio do manejo da acusação na pessoa do agente do Ministério Público.  
(...)

Uma das características básicas de um modelo predominante

---

<sup>102</sup> “Após se disseminar por toda a Europa a partir do século XIII, o sistema inquisitorial passa a sofrer alterações com a modificação napoleônica, que instituiu o denominado sistema misto. Trata-se de um modelo novo, funcionando como uma fusão dos dois modelos anteriores, que surge com o Code d’ Instruction Criminelle francês, de 1808. Por isso, também é denominado de sistema francês.” (DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal, Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 47)

acusatório, do ponto de vista e dos sujeitos processuais, é a preservação da figura do juiz como destinatário da produção probatória processual, em uma posição distanciada e de equilíbrio, que permite ditar justiça. Como efeito, um sistema assim coloca as partes como antagonistas e senhores da produção probatória, com iniciativa e impulso do procedimento para o fim da demonstração de suas teses. Esta postura fica evidente no projeto de reforma do Código de Processo Penal, já em sua exposição de motivos, quando, no item II, refere: 'seja do ponto de vista da preservação do distanciamento do julgador, seja da perspectiva da consolidação institucional do *Parquet*, não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutivo do órgão da acusação pelo juiz do processo'

Esta referência deixa claro que o projeto pretende evitar a confusão entre a posição de acusador e de julgador, confusão esta que é justamente a marca concreta de um modelo inquisitivo.

Claro que o projeto preserva ainda, e assim refere, alguma participação do juiz na construção do processo, com isto demonstrando ainda não ter assumido completamente o perfil acusatório, já que afirma que 'não se optou pelo juiz inerte', introduzindo a figura de um juiz de garantias responsável, inclusive pela adoção de medidas cautelares 'quando destinadas a protelar o regular exercício da função jurisdicional'.

Ora, mesmo que se reconheça como ideal que o sujeito juiz permaneça afastado de modo absoluto da interferência no processo, não ser o juiz inerte, neste caso, destina-se tão-somente a colocar o juiz na condição de garantidor do regular exercício da prestação jurisdicional e não da produção de qualquer classe de resultado. Menos ainda de um resultado pretendidamente verdadeiro, o mito que há muito foi soterrado no âmbito das pretensões de realização do processo.

Convém notar que, neste sentido, o projeto apenas confirma uma tendência já antes anunciada pela atitude do legislador brasileiro, que já com o advento da Lei 11.690/2008, que alterou o artigo 212 do Código de Processo Penal e da Lei 11.689/2008, que alterou o artigo 473, *caput* do mesmo



diploma, já adotou, antes mesmo do advento do projeto de reforma, um sistema semelhante ao *cross examination* do processo penal estadunidense, uma vez que as perguntas são formuladas pelas partes diretamente as testemunhas, colocando o juiz à distância da prova, cuidando apenas de não admitir as perguntas que poderia induzir a resposta ou não tiverem relação com a causa ou importarem em repetição desnecessária, cumprindo-lhe tão somente complementar os pontos não esclarecidos pelas partes, na forma do parágrafo único do mesmo artigo 212.

A mesma fórmula é repetida no projeto de reforma em seu artigo 175, com a inserção ainda de um parágrafo 2º no qual se esclarece que se das respostas dadas aos esclarecimentos complementares formulados pelo juiz, surgirem novos fatos ou circunstâncias, o juiz abrirá nova possibilidade as partes de formularem perguntas. E isso deixa claro a quem pertence a formulação probatória, ou seja, justamente àqueles que se dirigem diretamente à testemunha. O juiz é colocado em uma condição a que distância relativa da prova testemunhal como forma de garantir sua isenção para julgar (BUSATO, 2015).

Feita tais considerações, não há como se negar que o Projeto do novo CPP, seguindo a tendência inaugurada na Constituição Federal de 1988 e vislumbrada, *verbi gratia*, na Lei n. 11.689/2008 e na “Lei Anticrime” de adoção de um modelo preponderantemente **acusatório**.

Superado tal ponto, no que toca à **imparcialidade do juízo**, argumenta-se que, se o magistrado atua na fase investigatória, deferindo medidas cautelares referentes a determinado fato criminoso e/ou em face de investigados, ele teria uma propensão, na condução da instrução e no momento de proferir a sentença, a julgar de forma a justificar seus atos/decisões anteriores. Utiliza-se como fundamento a **teoria da dissonância cognitiva**, de Leon Festinger<sup>103</sup>, segundo a qual, em apertada síntese, quando o ser humano toma uma decisão, posteriormente, ele tende a focar nos aspectos positivos dela, com a finalidade de manter a coerência interna<sup>104</sup>. Assim, o juiz, quando atua na

<sup>103</sup> FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

<sup>104</sup> “Segundo a Teoria da Dissonância Cognitiva de Festinger, na versão reformulada de Irle cada pessoa ambiciona um equilíbrio em seu sistema cognitivo. Em outros termos, busca-se obter relações harmônicas entre seu conhecimento e suas opiniões. Dessa busca resulta a manifestação

fase de investigação (seja convertendo a prisão em flagrante em preventiva, seja deferindo medidas cautelares probatórias, por exemplo) estaria vinculado cognitivo-comportamentalmente, por prazo indeterminado, à tal decisão, de modo que não atuaria com a imparcialidade necessária para conduzir o processo e prolatar a sentença.<sup>105</sup>

A despeito da riqueza dos argumentos que dão supedâneo ao juiz das garantias, alguns pontos merecem atenção.

Analisando o direito comparado, sabe-se que o a figura do juiz das garantias justifica-se em sistemas em que o magistrado possui funções

---

de uma motivação cognitivamente dissonante a ser reduzida ou trazida à consonância. Assim, para se alcançar este equilíbrio do sistema cognitivo há de se solucionar a contradição existente entre conhecimento e opiniões. Desse quadro emergem o efeito perseverança e o princípio da busca seletiva de informações. O efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida faz com que as informações, previamente consideradas corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas. Já o princípio da busca seletiva de informações favorece a ratificação da hipótese originária que tenha sido, na autocompreensão individual, aceita pelo menos uma vez. Isso ocorre pelo condicionamento da busca à obtenção de informações que confirmem a preconcepção, o que pode se dar tanto pela coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis, ou seja, informações dissonantes que atuem com efeitos ratificadores. Esta ideia pode ser aplicada à posição e à função do juiz alemão na audiência de instrução e julgamento. Em virtude de o magistrado formar determinada concepção do crime pela leitura dos autos do inquérito, é de se supor que o juiz, em princípio, não divirja de seu conteúdo. Por esse motivo, é natural que o magistrado busque confirmar o inquérito na audiência de instrução e julgamento de acordo com as informações tendencialmente supervalorizadas e em desacordo com as tendencialmente subvalorizadas.” SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/14/artigo01.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/14/artigo01.pdf) Acesso em: 19 fev. 2020.

<sup>105</sup> “Afinal, sabendo-se que a tomada de uma decisão na fase de investigação preliminar (uma conversão de prisão em flagrante em preventiva, por exemplo), pode vincular cognitivo-comportamentalmente seu responsável (magistrado) por prazo indeterminado, bem como que a primeira informação (primeira impressão) recebida pelo juiz sobre o fato, com base na qual deverá admitir ou não a abertura de um processo (ato de recebimento/rejeição da denúncia), é produto dessa investigação policial, produzida de forma unilateral; existe a possibilidade da autoridade judiciária que participou dessa primeira fase manter-se imparcial no futuro desenrolar processual? Ou é inviável falar em imparcialidade judicial nesse contexto de tomada de decisão e fixação de uma primeira impressão negativas em relação a uma pessoa, considerando-se que se estará vinculado a essa decisão e impressão fixada, e consequentemente, que haverá uma forte resistência (negação antecipada) à absorção de conhecimentos posteriores que as coloquem em xeque (investigação preliminar vs. processo)?” JUNIOR, Aury Lopes. RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. Disponível em: <https://faculdededamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/397/381>. Acesso em: 19 fev. 2020.

investigativas e/ou ampla iniciativa probatória. A França, por exemplo, adota o sistema processual penal misto, exercendo um magistrado investigações processuais. Tangente ao assunto, esclarece Cristiano Álvares Valladares do Lago:

De efeito, à época da edição do Código de Napoleão - Code d'Instruction Criminelle (1808), como forma de aplainar as arbitrariedades e desumanidades do Sistema Inquisitorial até então adotado, entrou em vigor na França uma estrutura processual do tipo misto - inquisitivo e acusatório, reforçada com o Code de Procédure Pénale (1959), realizando-se o processo em três fases: a da Polícia Judiciária, a da Instrução e a do Julgamento. Os princípios do sistema inquisitivo eram aplicados na fase de instrução preparatória, em que o Magistrado desenvolvia, por escrito, secretamente, sem contraditório e sem defesa, as investigações processuais. Na fase de Julgamento, o processo assumia princípios e regras do sistema acusatório, primando pela oralidade, publicidade e contraditório. O sistema misto fez-se aplicado até que surgiu a Lei Constans, de 1897, abolindo o caráter inquisitivo da instrução, deixando esta de ser secreta para ser contraditória. Em 1930, novas modificações surgiram na França, quando por volta de 1933 operou-se o retorno ao sistema misto, restaurando-se o caráter inquisitivo da instrução criminal, que é aplicado até hoje no Processo Penal Francês. (DO LAGO, 2016)

Na Espanha, também vigora um sistema misto, onde a primeira fase, de investigação, é conduzida pelo “juiz da instrução”. Colhem-se, novamente, as lições de Cristiano Álvares Valladares do Lago:

O sistema da Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882) dispõe que, ao lado de uma primeira fase, de investigação, denominada sumário, escrita e secreta, conduzida pelo juiz da instrução, com reduzida intervenção da defesa, existe também, após ultrapassada fase intermediária de aceitação da acusação, uma fase final de instrução, onde se desenvolve o juízo propriamente dito, no qual se exige a acusação - nemo iudex sine actore, prestigiando-se a oralidade, a publicidade e o contraditório (artigos 744 e 680 da LEC), instituindo-se então, no dizer de Emilio

Gomez Orbaneja e Vicente Herce Quemada, uma estrutura processual “Acusatória Formal”, ou “Mista. (...)”

Todavia, conforme ressalta Luiz Flávio Gomes, a justiça penal espanhola foi recentemente reformada pela “Ley Orgánica 7/1988”. Foi decisiva para essa modificação a sentença do Tribunal Constitucional 145/88, de 12 de julho do mesmo ano, que julgou inconstitucional o dispositivo que permitia ao Juiz que presidira o inquérito (investigação) viesse a sentenciar o mesmo caso (tudo isso foi feito em nome da imparcialidade do juiz). Destarte, verificamos, sobretudo pela existência dos denominados “Juzgados de Instrucción” (nos quais os juizes exercem funções jurisdicionais e investigatórias), que o processo penal espanhol, de fato, adota ainda hoje, o Sistema Processual Penal Misto, ou Acusatório Formal. (DO LAGO, 2016)

Em casos deste jaez, de fato, encontra baldrame a delimitação de um juiz das garantias, diferente do juiz de instrução. Não é a situação brasileira. Como cediço, no Brasil, a investigação não é atribuição do juiz. O Poder Judiciário é acionado para decidir acerca de eventuais cautelares pessoais ou probatórias que demandem sua intervenção (como, por exemplo, busca e apreensões, interceptações telefônicas, prisões/liberdade). Isto é, o juiz não investiga e não produz provas, de modo que o fato de atuar como garantidor da legalidade durante a investigação não pode presumir ausência de imparcialidade, a ponto de impedi-lo de julgar o respectivo processo.

Reconhece-se que a previsão do atual Código que autoriza a produção de ofício de prova pelo juiz na fase de investigação não encontra guarida no sistema acusatório (não mais prevista, felizmente, no Projeto do novo CPP), porém, do contrário, criar-se a figura do juiz das garantias, diferente do juiz do processo, em virtude da presunção de parcialidade do magistrado por ter decidido acerca de medidas, durante a investigação, que demandam reserva de jurisdição parece inadequado.

Eventuais casos em que se vislumbre, concretamente, parcialidade do magistrado nas decisões do processo, a questão deve se resolver com fundamento nos impedimentos e suspeições já previstos na legislação processual, e não mediante a presunção *juris et de jure* de que o fato de juiz atuar com garante da legalidade na investigação o fará ser parcial nas decisões a serem prolatadas no curso do processo penal.

Repudiando tal instituto, afirmou o Fórum Nacional de Juízes Criminais (FUNAJUC):

A boa-fé se presume, como regra de direito. Aliás, a inocência se presume durante o processo mesmo ao mais pérfido bandido preso em flagrante com uma plêiade de provas. Não é possível que ao magistrado a presunção se inverta e tenha ele que demonstrar que agiu “com extrema boa-fé”. Tanto que eventual erro sobre as provas ou sobre o direito, ou até mesmo conduta dolosa do julgador, submete-se ao crivo recursal em mais três esferas acima do juiz de primeiro grau, com mais de uma dezena de medidas recursais distintas, constituindo provavelmente o arcabouço legal mais favorável ao réu do mundo.

No que toca ao argumento referente à teoria da dissonância cognitiva para justificar o instituto em testilha, tem-se que ele apresenta incongruência. Explico. Os defensores de tal teoria como fundamento para o juiz das garantias asseveram que, como o juiz tem contato e profere decisões na etapa investigatória, ele acaba adotando, posteriormente, no curso do processo e na sentença posições que justificam as escolhas outrora feitas. Ocorre que, § 3º do art. 16 do Projeto dispõe que: *§ 3º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.* Isto é, o juiz do processo poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso. Ora, caso, nesta decisão, o juiz do processo entenda pela pertinência das cautelares, após, no curso da instrução e da sentença, ele também não poderia, nos moldes da teoria da dissonância cognitiva, adotar postura a justificar sua decisão inicial? Ou seja, não seria atendido o fim proposto. O que garante um processo democrático e dialético, sob o aspecto da teoria da decisão judicial, não é a presença de dois juízes diversos nas duas etapas da *persecutio criminis*, mas sim decisões fundamentadas, ainda que proferidas pelo mesmo juiz, pois, em caso de discordância da parte, caberá a ela fazer a utilização dos recursos cabíveis, submetendo, então, a questão a outros julgadores.

Noutras palavras, ainda que existam dois juízes (um atuando como garante da legalidade na investigação e outro na instrução e julgamento) num mesmo feito criminal, o juízo do processo terá de tomar decisões no curso da ação e, pela aplicação da teoria da dissonância cognitiva, estas escolhas também poderão influir na sua postura e decisão final. Inexiste, assim, adequação na medida (criação de mais um juiz na primeira instância para julgar um mesmo processo) à finalidade que se busca alcançar.

Em verdade, a gama de garantias já prevista em nosso ordenamento jurídico tem o condão de evitar posturas herméticas e não dialéticas

de julgadores, como a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, o princípio do livre convencimento motivado, o duplo grau de jurisdição, a sistemática de suspeições e impedimentos, dentre outras.

Feitas tais considerações, passar-se-á, na sequência, a tecer alguns argumentos a respeito da dificuldade prática na implementação do juiz das garantias em território brasileiro.

### 3 DIFICULDADE PRÁTICA NA IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO BRASIL

Não se desconhece que grande parte das Comarcas no Brasil são de Vara Única, isto é, compostas por apenas um juiz. Ainda que haja a possibilidade de que o juiz das garantias tenha jurisdição em mais de uma Comarca/circunscrição judiciária, como dispõe o art. 16, § 2º do Projeto, ainda assim existem os custos de deslocamento, não se olvidando que o Brasil se trata de país de dimensões continentais, sendo que muitas Comarcas “vizinhas” estão a centenas de quilômetros de distância umas das outras. Imagine-se um inquérito policial, em que há um pedido de produção de prova urgente ou mesmo pedido de liberdade de investigado preso, caso o procedimento não seja digitalizado (realidade ainda de muitos processos), deverá ser encaminhado fisicamente ao juiz das garantias, de uma Comarca localizada há centenas de quilômetros, trazendo indubitável oneração aos cofres públicos, além de morosidade na prolação da decisão, malferindo, de corolário, a eficiência que deve reger os serviços públicos por ordem constitucional (art. 37, *caput*, da CF). Tanto a efetividade da tutela estatal quanto o direito de liberdade do investigado podem ser prejudicados com a necessidade imposta por lei de análise do feito por um juiz diverso daquele da Comarca competente para o julgamento do processo (juiz da instrução e julgamento).

Além do mais, não se descarta que existem muitas Comarcas espalhadas em *terras brasílicas* que sequer estão lotadas por magistrados (cargos vagos). Ou seja, existe no Brasil escassez de juízes, sobretudo por questões orçamentárias, sendo imperiosa a observância da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Tem-se ainda que, neste “rodízio de magistrados”, seria inviável a colocação de juízes que figuram entre si como *substitutos automáticos*. Isto porque estes atuam como juízes do processo, nos casos de afastamentos/licenças/férias dos titulares.

Corroborando, o Conselho Nacional de Justiça já emitiu nota técnica n. 10, de 17 de agosto de 2010, em que, dentre outras temáticas, expendeu comentários acerca de tal instituto:

8. O Projeto, preocupando-se com a consolidação de um modelo acusatório, institui a figura do ‘juiz das

garantias', que será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, sob duas preocupações básicas, segundo a exposição de motivos, a saber: a de otimizar a atuação jurisdicional criminal e a de manter o distanciamento do juiz incumbido de julgar o processo. Contudo, a consolidação dessa ideia, sob o aspecto operacional, mostra-se incompatível com a atual estrutura das justiças estadual e federal. O levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça no sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição. Assim, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Logo, a adoção de tal regramento acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juízes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no que tange ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender outras comarcas. Ademais, diante de tais dificuldades, com a eventual implementação de tal medida haverá riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo, a par de um perigo iminente de prescrição.<sup>106</sup>

Foram acima citadas apenas algumas das dificuldades prático-operacionais da implementação do juiz das garantias, porquanto muitas são as questões que envolvem as ações as serem desempenhadas pelos Tribunais, a fim de atender ao comando normativo em questão.

#### **4 AÇÕES DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DOS DISPOSITIVOS QUE TRATAM DA CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NA “LEI ANTICRIME”**

Desde a publicação da “Lei Anticrime” (Lei n. 13.964/2019), que traz de forma inovadora a previsão da figura do “juiz das garantias” (introduzindo-o nos arts. 3-A a art. 3-F do CPP), já foram propostas quatro Ações Direitas

<sup>106</sup> <https://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/?documento=225>.

de Inconstitucionalidade (ADIs) questionando-a (ADIs 6298, 6299<sup>107</sup>, 6300<sup>108</sup> e 6.305).

A ADI 6298, intentada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), sustenta que há inconstitucionalidade formal na disposição em questão, porquanto inobservou os art. 24, § 1º, e art. 24, XI, da Constituição Federal, por contemplar, simultaneamente “normas gerais”, ao criar o “Juiz das Garantias”, e normas de “procedimento em matéria processual” – o inquérito policial não é “processo penal”, mas procedimento. Ou seja, trata-se de matéria de competência concorrente, sendo que cabia à União legislar apenas sobre normas gerais, ao passo que aos Estados e à própria União recai a competência para estabelecer normas suplementares, de iniciativa dos Tribunais, para criação das estruturas judiciárias das Varas e os cargos do juiz das garantias.

Aduzem as autoras que, quanto à criação efetiva e instituição do “juiz das garantias”, a competência legislativa pressupõe lei de iniciativa dos Tribunais (art. 96, I, “a” e “d”, e II, “d”), para promover alteração das leis de organização judiciária respectivas e a criação de cargos, de modo que a lei impugnada configura-se como norma geral de eficácia limitada, que depende de edição de outras suplementares para que se torne eficaz, razão pela qual se revela inconstitucional o art. 20 (que prevê *vacatio legis* para Lei n. 13.964/2019 de trinta dias) ou qualquer interpretação que se queira dar aos arts. 3-A a 3-F para conferir-lhes eficácia imediata.

No mais, atestam que a lei impugnada viola o art. 93, *caput*, da Constituição Federal, pois prevê a criação de uma classe própria de juizes, com competência definida e restrita à fase de investigação criminal, cuja iniciativa deveria recair sobre o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de lei complementar, para que considerada válida, à luz do dispositivo constitucional supracitado.

Prosseguem asseverando que a criação do juiz das garantias na 1.ª instância revela ofensa ao princípio do juiz natural (CF, art. 5º, inciso LIII),

---

<sup>107</sup> Proposta pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA “Os partidos políticos, por sua vez, além dos vícios de iniciativa, argumentam que a norma viola o princípio da razoável duração do processo e contraria o artigo 113 da Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) ao impor ao Judiciário gastos obrigatórios sem qualquer estudo de impacto sobre os recursos necessários para a implantação da medida.” Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=433929&ori=1>. Acesso em: 13 jan. 2020.

<sup>108</sup> Proposta pelo Partido Social Liberal (PSC). “Segundo o partido, ‘ainda que a ideia do instituto pareça boa’, não houve qualquer estudo prévio do impacto econômico, orçamentário e organizacional desse novo órgão jurisdicional em toda a Justiça brasileira. ‘A lei está obrigando os estados, no que diz respeito aos Tribunais de Justiça, a abrirem créditos suplementares ou especiais para fazer frente às novas despesas, violando o pacto federativo’. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434018&ori=1>. Acesso em: 13 jan. 2020.



decorrente da inobservância da jurisdição una e indivisível. Ainda, altercam que a lei não previu a criação do juiz das garantias no âmbito dos Tribunais (o rito dos inquéritos e ações penais está disciplinado, para o STF e STJ, nos art. 1º a 5 da Lei n. 8.038/90, que teve sua eficácia estendida para os TJs e TRFs, pela Lei n. 8.658/93), de modo que a sua instituição apenas para a 1.ª instância viola o princípio da igualdade. Aduzem que a Lei Maria da Penha, segundo o entendimento do STF, ao estabelecer o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, foi considerada constitucional, porquanto apenas autorizou a criação de novas varas, que haveriam de ser instituídas e instaladas, no âmbito dos Estados, observando o art. 96, I, “a” e o art. 125, § 1.º, da CF. Sustentam que o reflexo financeiro decorrente da criação na 1.ª instância do juiz das garantias viola o § 1.º do art. 169 da CF e exige a submissão de anteprojeto de lei à análise prévia do Conselho Nacional de Justiça (Resolução 184). Ainda, proclamam que a lei viola, quanto à Justiça Federal, o novo regime fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional n. 95 (ADCT, art. 104). Requerem interpretação conforme à Constituição quanto ao art. 3-D da lei impugnada (“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”), para, em razão do princípio da irretroatividade da lei processual penal, alcançar somente aquele que a nova lei passou a denominar juiz das garantias. No mais, apregoam a nulidade do prazo exíguo de *vacatio legis*, ofendendo o princípio da proporcionalidade. Por fim, não acolhida a inconstitucionalidade formal e material dos dispositivos atacados, sustentam seja reconhecida uma *constitucionalidade progressiva*, pois diante de norma de eficácia limitada, que depende de regulamentação no âmbito da legislação de organização judiciária da União e dos Estados.

Ao analisar as primeiras três ADIs, em 15.01.2020, o Ministro Presidente Dias Toffoli, no exercício do plantão judicial, concedeu parcialmente as medidas cautelares, para o fim de:

- (i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19;
- (ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão;
- (iii) conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP),

para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações: (a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990; (b) processos de competência do Tribunal do Júri; (c) casos de violência doméstica e familiar; e (d) processos criminais de competência da Justiça Eleitoral.

(iv) fixarem-se as seguintes regras de transição: (a) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento; (b) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa.

Com relação à ADI n. 6.305, tem-se que foi ajuizada, em 20.01.2020, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, que impugna os artigos 3º-A; 3ºB, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, caput; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei n. 13.964/2019. Tal ADI foi distribuída por prevenção ao Relator das outras ADIs (Ministro Luiz Fux).

Pois bem, em sua hora, o Ministro Luiz Fux, relator das ADIs sobreditas no STF, balizando a situação à baila, concedeu parcialmente as medidas cautelares requeridas, suspendendo *sine die* a eficácia, dentre outros dispositivos do Pacote Anticrime, daqueles que versam sobre a criação do juiz das garantias. Quanto ao ponto em questão, em epítome, explicitou o ilustre Relator<sup>109</sup>:

[...] (a) Artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na redação concedida pela Lei n. 13.964/2019 (Juiz das garantias e normas correlatas): (a1) O juiz das garantias, embora

<sup>109</sup> ADI 6299 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 15/01/2020, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/> Acesso em: 19 fev. 2020.

formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país, de sorte que inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição); (a2) O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas; (a3) A ausência de prévia dotação orçamentária para a instituição de gastos por parte da União e dos Estados viola diretamente o artigo 169 da Constituição e prejudica a autonomia financeira do Poder Judiciário, assegurada pelo artigo 99 da Constituição; (a4) Deveras, o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 95/2016, determina que “[a] proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”; (a5) É cediço em abalizados estudos comportamentais que, mercê de os seres humanos desenvolverem vieses em seus processos decisórios, isso por si só não autoriza a aplicação automática dessa premissa ao sistema de justiça criminal brasileiro, criando-se uma presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências que favoreçam a acusação, nem permite inferir, a partir dessa ideia geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução; (a6) A complexidade da matéria em análise reclama a reunião de melhores subsídios que indiquem, acima de qualquer dúvida razoável, os reais impactos do juízo das garantias para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, incluídos o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal; (a7) Medida cautelar concedida, para suspensão

da eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidades formal e material) [...]

Dentre os argumentos para o deferimento da cautela, no que concerne ao juiz das garantias, o Ministro Relator asseverou que os dispositivos questionados têm natureza híbrida, envolvendo norma geral processual e norma de organização judiciária, reclamando, de corolário, a restrição do art. 96 da CF.

Demais disso, asseverou que a implantação dos dispositivos *“requer, em níveis poucas vezes visto na história judiciária recente, a reestruturação de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos”*, por meio de uma regra de *“impedimento processual”*. E mais *“a atividade interpretativa não pode estar apartada de dados empíricos que sublinhem a materialização dos efeitos da norma jurídica no mundo fenomênico”*. No ponto, explicita que, considerando que normas processuais têm efeito imediato, um juiz de titular de vara criminal estaria impedido de atuar na quase totalidade de seus processos em trâmite, pois teria atuado na fase investigatória. Esse acervo seria, então, distribuído a um segundo juiz, que já possui os seus próprios processos, causando *“distúrbio também no exercício de suas funções”*. Levando-se em contas as milhares de varas criminais no país, *“propagar-se-ia uma desorganização dos serviços judiciários no país em efeito cascata de caráter exponencial, gerando risco de a operação da justiça criminal brasileira entrar em colapso”*.

Com relação à inconstitucionalidade material, destaca dois grupos de fundamentos: a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implantação da medida (violação dos arts. 169 e 88 da CF e do art. 113 do ADCT) e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade.

No que tange ao segundo argumento, que compartilha maiores digressões neste momento, dissecar acerca de dois pontos, que serão abaixo sintetizados.

O primeiro é a utilização do Direito Comparado como fundamento para o juiz das garantias. Aduz que a utilização do direito comparado deve ser acompanhada de uma *“perspectiva sistêmica, levando em conta aspectos institucionais do país analisado”*. Nessa perspectiva, aduz que, em países que adotaram o sistema acusatório, *“há variações consideráveis em relação à distinção de competências entre juízes que acompanham a investigação e os juízes que acompanham o julgamento”* - na França, o juiz que acompanha a investigação possui competências investigativas; na Inglaterra inexistente distinção entre a fase pré-processual e processual. Também alterca que, *“numa visão sistêmica, poucos países no mundo construíram uma jurisprudência de garantias ao devido processo legal na mesma extensão que o Brasil produziu”* (como, por exemplo, *“nenhum dos países citados como cases preferidos*

*quanto ao juiz das garantias existe a possibilidade de esgotamento de todas as instâncias recursais para o início do cumprimento da pena”).*

O segundo concerne à *“alegada presunção de que juízes que acompanham a investigação tendem a produzir vieses que prejudicam o exercício imparcial da jurisdição, especialmente na fase processual penal.”* Sobre o tema, assenta, em epítome, que:

A base das ciências comportamentais é o caráter empírico de seus argumentos. A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo proposto pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa.

O Ministro Luiz Fux ainda ressaltou a necessidade de realização de audiências públicas e a intervenção da *amicus curie*, para ampliar o âmbito de discussão, imprescindível à decisão meritória, concretizando-se, desta feita, uma *“jurisdição constitucional empiricamente informada”*.

Assim, vislumbra-se que, atualmente, encontram-se suspensos os dispositivos referentes ao juiz das garantias, introduzidos no ordenamento pátrio pela “Lei Anticrime”, cabendo o acompanhamento do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade em questão, com o escopo de vislumbrar se tal instituto será considerado constitucional ou não. Caso seja considerado constitucional, não se pode negar, causará grande impacto na estrutura do Poder Judiciário brasileiro.

## **5 DA COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS**

Em rol exemplificativo, o art. 15 do Projeto traz algumas matérias que competem ao julgamento do juiz das garantias.

Como já dito, o rol é exemplificativo, sobretudo levando-se em conta o inciso XXI do art. 15, que prevê que competem ao juiz das garantias *“outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo”*.

Dentre as atribuições, algumas já são rotineiramente vislumbradas no exercício da judicatura (pelo juiz que exercia a competência ampla do feito), como as medidas de investigação que exigem a reserva de jurisdição (busca e apreensão, afastamento de sigilos e interceptação telefônica) e decisão sobre prisões e outras cautelares. Tais competências não serão, neste trabalho, portanto, aprofundadas.

Por outro lado, algumas das competências comportam comentários específicos, visto que apresentam inovações.

Nesse diapasão, o inciso IV dispõe que o juiz das garantias receberá, imediatamente, comunicação acerca da instauração de investigações criminais. Como bem observado por Rogério Sanches, “*o que se tem é a simples comunicação da abertura do inquérito à instância judicial, já que a tramitação ocorrerá entre a polícia e o Ministério Público.*” (CUNHA, 2020, p. 79).

O inciso VII fala que o juiz decidirá sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, ou seja, o juiz não poderá decidir de ofício pela realização probatória. Prestigiou-se, portanto, o sistema acusatório.

Merece também atenção a previsão da competência do juiz das garantias para o *trancamento da investigação quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou para o seu prosseguimento (inciso IX)*.

No tangente ao *trancamento da investigação*, sabe-se que se trata de medida excepcionalíssima, conforme posicionamento pacífico da jurisprudência pátria<sup>110</sup>, que somente deve ser adotada quando houver *inequívoca* comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, no âmbito de *habeas corpus*. Desta feita, a previsão que assevera ser competente o juiz das garantias para determinar o trancamento da investigação criminal quando não houver fundamento *razoável* para sua instauração ou prosseguimento vai de encontro à jurisprudência tranquila sobre o assunto (que exige *inequívoca* comprovação) e, pior, assemelha-se ao próprio arquivamento *ex officio* da investigação, que é de atribuição do *dominus litis*, ou seja, do Ministério Público.

Não se olvida que eventuais situações de investigações teratológicas em curso serem passíveis de trancamento pela via do *habeas corpus*, cuja competência, antes do oferecimento da denúncia, recai sobre o juiz das garantias, consoante inciso XII. Porém, a previsão genérica de trancamento da investigação por ausência de fundamento razoável, pelo juiz (e não por aquele que, segundo a CF, forma a *opinio delicti*), não parece englobar situação excepcional capaz de autorizar o impedimento da investigação.

<sup>110</sup> Apenas a título exemplificativo - STJ: HC 444.293/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 13/12/2019.

Aliás, como bem lembrado por Rogério Sanches, inexistente recurso previsto para a decisão de trancamento do inquérito policial, devendo ele ser considerado um *habeas corpus* de ofício, ao que o controle da decisão se dá por reexame necessário, nos moldes do art. 574, I, do CPP<sup>111</sup>.

Com relação ao inciso X, que informa que cabe ao juiz das garantias *requisitar documentos, laudos e informações sobre o andamento da investigação*, importante que se faça uma leitura com espeque no sistema acusatório preconizado pelo Projeto, que infira a necessidade de que tal agir do magistrado *depende de requerimento das partes*.

Tangente ao inciso XI, merecem atenção as alíneas “d” e “e”, que dispõem que cabe ao juiz das garantias decidir sobre os *pedidos de acesso as informações sigilosas e obtenção da prova que restrinja direitos fundamentais do investigado*. Importante, desde já, que se diga que **dependerão de autorização judicial apenas aquelas informações sigilosas e meios de obtenção de prova protegidos pela reserva de jurisdição**<sup>112</sup>, o que não é o caso, por exemplo, do *compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal, para fins criminais*. Segundo o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.055.941/SP, em sede de repercussão geral, tal encaminhamento não exige prévia autorização judicial, mas deve ser observado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional; ainda, o compartilhamento deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios<sup>113</sup>.

Dando continuidade, verifica-se que, aparentemente, houve incongruência material no inciso XIV, ao se referir ao caso de “reconhecimento de causa excludente da juridicidade”, quando o correto seria “antijuridicidade”. Comosesabe, umdoselementosdoconceitoanalítico de crime é antijuridicidade/ilicitude, que, nas palavras de Masson, significa “a contrariedade entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico, capaz de lesionar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados” (MASSON, 2013, p. 379). Assim, são as causas excludentes da antijuridicidade/ilicitude que podem dar lume à exclusão do crime e, portanto, da investigação.

<sup>111</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 87.

<sup>112</sup> Em igual sentido: CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 88.

<sup>113</sup> Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431690&caixaBusca=N> Acesso em: 21 fev. 2020.

Caminhando, o inciso XVI vem a corroborar a Súmula Vinculante 14 do STF, aduzindo que caberá ao juiz das garantias *assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de acesso aos elementos de investigação*. Diversamente da disposição trazida pela Lei Anticrime, o Projeto do novo CPP não trouxe a ressalva, necessária, das diligências em andamento. Assim, entende-se imperiosa a alteração de tal dispositivo, porquanto, como cediço, o acesso às diligências em andamento pode causar prejuízo às investigações.<sup>114</sup>

Balizadas as principais inovações relativas à competência do juiz das garantias, passar-se-á, na sequência, a abordar outros dispositivos a ele referentes que merecem análise.

## 6 ANÁLISE DE OUTROS DISPOSITIVOS

Apresenta preocupação, também, o § 2º do art. 15 do Projeto do novo CPP, que dispõe que, estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração da investigação criminal por até quinze dias e, se ainda assim a investigação não for concluída, relaxará imediatamente a prisão. A fixação da possibilidade de apenas uma prorrogação por até quinze dias e de que haverá imediato relaxamento após tal prazo pode vir a ocasionar dificuldade em investigações de casos complexos, em que verificada a imprescindibilidade da medida constritiva. Sabe-se que a jurisprudência há muito já sedimentou que a situação deve ser analisada sob o prisma do princípio da razoabilidade (e, de corolário, do caso concreto). Veja-se:

[...] Esta Corte há muito sedimentou o entendimento de que a alegação de excesso de prazo na formação da culpa deve ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, sendo que eventual extrapolação dos prazos processuais não decorre da simples soma aritmética. Para ser considerado

<sup>114</sup> “(...) o paradigma tido como violado confere ao defensor do investigado amplo acesso aos elementos já documentados nos autos, mas é enfático ao ressaltar as diligências ainda em andamento. Com efeito, a presente Reclamação é improcedente, pois não se ajusta ao contexto do parâmetro de controle acima transcrito. Verifico, à luz do ato impugnado, que o pleito foi indeferido porque havia diligências em andamento e o eventual acesso a essas informações poderia causar prejuízo às investigações. (...) Dessa forma, a pendência na conclusão de diligências investigatórias já deferidas pela autoridade reclamada é argumento legítimo para o indeferimento do acesso irrestrito pleiteado pelo reclamante. (...) Portanto, as diligências ainda em andamento não estão contempladas pelo teor da Súmula Vinculante 14” Rcl 28.661/SC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 19/10/2017). [Rcl 29.958, rel. min. Alexandre de Moraes, dec. monocrática, j. 9-8-2018, DJE 164 de 14-8-2018.



injustificado o excesso na custódia cautelar, deve a demora ser de responsabilidade da acusação ou do Poder Judiciário, situação em que o constrangimento ilegal pode ensejar o relaxamento da segregação antecipada.

5. Não se verifica, no caso dos autos, ilegal mora processual atribuível ao Poder Judiciário ou aos órgãos encarregados da persecução penal, na medida em que a “autoridade policial requereu a prorrogação das investigações para dar continuidade aos trabalhos elucidativos, o que foi deferido pelo juízo de origem” (e-STJ, fl. 43). Portanto, o feito tramita de maneira regular. 6. Condições pessoais favoráveis não têm o condão de, isoladamente, garantir a liberdade ao acusado, quando há, nos autos, elementos hábeis que autorizam a manutenção da medida extrema nos termos do art. 312 do CPP (HC 407.250/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 6/12/2017).

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 431.615/PB, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018)

Assim, entende-se que tal dispositivo trata-se de regra, sendo que, **diante do caso concreto e excepcionalmente**, poderia o magistrado autorizar, com fundamento no **princípio da razoabilidade**, prorrogação da investigação por prazo superior, sem que isso dê lume ao imediato relaxamento da prisão. Ainda, destaca-se a previsão do art. 16 do Projeto, que, em seu texto consolidado, prevê, no *caput*, que a competência do juiz das garantias cessa com o recebimento da inicial acusatória, assim como o fez a Lei Anticrime. Também, estabeleceu o § 3º que as decisões do juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, **poderá** reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso (a Lei Anticrime fala que o juiz **deverá**). Quanto a tal dispositivo, conforme dito alhures, entende-se que ele contrapõe o próprio fundamento do juiz das garantias, porquanto, caso o juiz da instrução e julgamento analise as cautelares em curso, se entender que elas procedem e são necessárias, não estaria também “contaminando” suas posteriores decisões?

Em prosseguimento, o art. 17 assevera que o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do juiz das garantias ficará impedido de funcionar no processo. Trata-se de regra de impedimento processual, ampliando-se, assim, o rol taxativo do art. 242 do Código de Processo Penal. Por conseguinte, vislumbrando-se causa

de impedimento, de ordem objetiva, que envolve presunção absoluta de parcialidade do magistrado, as decisões eventualmente proferidas por juiz nesta condição são consideradas *inexistentes*, sendo, assim insanáveis<sup>115</sup>.

## 7 CONCLUSÃO

Buscou-se, de forma resumida, analisar a previsão, no Projeto do Novo Código de Processo Penal, do Juiz das Garantias.

Trata-se de instituto criado sob o argumento de garantir a imparcialidade do juízo, bem como o sistema acusatório; porém, vislumbrou-se que as dificuldades práticas, principalmente diante da realidade brasileira (escassez de juízes, inúmeras comarcas de vara única, distância entre comarcas/seções judiciárias, entraves orçamentários etc.), dificultarão a sua implementação.

Ademais, tem-se que o fato de o juiz atuar como garante da legalidade durante a fase de investigação, por si só, não induz sua parcialidade para a condução e julgamento da causa, até mesmo porque deveria presumir-se que todo magistrado é “de garantias”, e não o contrário. Entende-se que eventuais situações pontuais em que verificada ausência de parcialidade podem ser resolvidas com supedâneo nos casos de suspeição e impedimentos já previstos no ordenamento jurídico brasileiro (ou mesmo pela própria via recursal), não se fazendo mister a imposição, aos tribunais, da criação da mencionada categoria de juízes.

À derradeira, registre-se que, como visto, o instituto em testilha, já introduzido no ordenamento pela “Lei Anticrime”, é alvo de ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que suspendeu, recentemente, *sine die*, os dispositivos a ele referentes. Aguarda-se o posicionamento de mérito da Suprema Corte, o qual, por certo, deve impactar em seu destino no atual Projeto do Novo CPP.

---

<sup>115</sup> DE LIMA, Renato Brasileiro, Manual de processo penal: volume único. 6. ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 1224.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm).

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 8.045/2010. **Estabelece o Novo Código de Processo Penal**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010).

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.964/2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/>.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 2. ed. rev. ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 6. ed. rev. ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

BUSATO, Paulo César. De Magistrado, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/de-magistrados-inquisidores-promotores-de-justica-e-samambaias-um-estudo-sobre-os-sujeitos-no-processo-em-um-sistema-acusatorio>.

DO LAGO, Cristiano Álvares Valladares. Sistemas Processuais Penais. Disponível em: [http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5400/art\\_30005.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5400/art_30005.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

JUNIOR, Aury Lopes. RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. Disponível em: <https://faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/397/381>.

JUNIOR, Aury Lopes. ROSA, Alexandre Morais Entenda o Impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/14/artigo01.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/14/artigo01.pdf).

## A AÇÃO PENAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Humberto Lapa Ferri<sup>116</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem o condão de analisar as alterações propostas no Projeto de Lei nº 8045/2010, que trata do novo “Código de Processo Penal”, em especial o Título III que prevê as regras para a Ação Penal.

**Palavras-chave:** Projeto de Lei nº 8045/2010 – Novo Código de Processo Penal – Ação Penal – Alterações – Polêmicas.

**Sumário:** 1. Introdução 2. O Projeto de Lei nº 8045/2010 e a Ação Penal 3. Conclusão. 4. Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, passados mais de 31 anos, restou pacificado o entendimento de que o Código de Processo Penal, instituído pelo Decreto-Lei nº 3689, de 1941, precisava ser modificado, atualizado e aperfeiçoado para atingir seu verdadeiro objetivo de ser o instrumento de obtenção de uma justiça penal adequada aos anseios da sociedade.

O combate às organizações criminosas, à corrupção generalizada e aos crimes graves que assolam a vida moderna gerou e gera inúmeras inquietações no meio jurídico e acadêmico, dentre as quais uma ampla discussão sobre o anacronismo da persecução penal no sistema de justiça brasileiro.

Diante deste quadro e de algumas alterações significativas no campo social, político e jurídico do País, foram retomadas discussões significativas sobre a metodologia processual penal vigente, seja por juristas renomados, seja por neófitos ávidos por comentar e sugerir soluções milagrosas para o combate ao crime e a preservação das garantias processuais dos acusados.

Aliás, salutar mencionar importante legado deixado por Claus Roxin ao destacar as quatro finalidades do processo penal, quais sejam, “a condenação do culpado, a proteção do inocente, a formalidade do procedimento afastada de toda arbitrariedade e a estabilidade jurídica da decisão”. (ROXIN, 2000, p. 4)

---

<sup>116</sup> Promotor de Justiça titular da 31ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Campo Grande. Master em Processo Penal e Garantismo pela Universidade de Girona/Espanha. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Católica Dom Bosco. Especialista em Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais pela PUC-RIO. Coordenador e professor da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade INSTED. Professor de Direito Penal da Faculdade INSTED.

Dentre tamanha turbulência jurídico/processual, restou apresentado o Projeto de Lei nº 8045/2010, do Senado Federal, que trata do novo “Código de Processo Penal”. Na verdade, o projeto original é o de número 156/2009, de autoria do então Senador José Sarney, que, após ser devidamente discutido e aprovado pelo Senado Federal da República, foi renumerado para o atual Projeto de Lei nº 8.045/2010 após seu recebimento para apreciação e votação pela Câmara dos Deputados.

A elaboração de comentários sobre as propostas suscitadas pelos congressistas, longe de se tratar de críticas ou enfadonhas confirmações meritórias, serve para reflexão, discussão e oferta de ideias em campo tão vasto, oriundas daqueles que exercem diuturnamente o mister de aplicação dos ditames processuais penais, como o são os membros do Ministério Público Brasileiro, titulares da ação penal pública.

É fato que o projeto de lei ora analisado, por se tratar da criação de um novo código de processo penal brasileiro, abrange inúmeros assuntos, os quais buscam agilizar procedimentos, garantir julgadores imparciais e preservar garantias constitucionais advindas com o texto magno de 1988.

Importante consignar que, ainda que a discussão do Projeto de Lei nº 8.045/2010 para elaboração do novo Código de Processo Penal esteja caminhando (ainda que a passos lentos, mas caminhando), em sua trajetória restou aprovado um outro Projeto de Lei, de autoria do Governo Federal, denominado popularmente de “Pacote Anticrime”, que acarretou na lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Este pacote, de autoria do Ministro da Justiça Sérgio Moro e baseado em estudos realizados, veio a alterar inúmeros dispositivos legais, alterações estas que englobam o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminais), o Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), a Lei nº 8.038/1990 (Processos de Competência Originária do STF e do STJ), a Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), a Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais), a Lei nº 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa), a Lei nº 9.296/1996 (Lei de Interceptações Telefônicas), a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), a Lei nº 11.671/2008 (Lei dos Estabelecimentos Penais Federais de Segurança Máxima), a Lei nº 12.037/2009 (Lei da Identificação Criminal), a Lei nº 12.694/2012 (Lei do Julgamento Colegiado em Primeiro Grau) e a Lei nº 13.608/2018 (Lei do Disque-Denúncia).

No caso presente e por estratégia de organização e sistematização, tratarei exclusivamente das alterações contidas no livro que abrange o título “Da Ação Penal”, incluindo a consignação de algumas omissões significativas que, a nosso ver, impactam na discussão do novo código de processo penal

brasileiro servindo este artigo como uma reflexão sobre as propostas contidas no Projeto de Lei nº 8.045/2010, em trâmite no Congresso Nacional, e sua compatibilidade com os anseios daqueles que atuam diuturnamente na persecução penal brasileira.

## **2 O PROJETO DE LEI Nº 8045/2010 E A AÇÃO PENAL**

O advento da Constituição Federal de 1988 e sua infindável gama de dispositivos que transformaram o mundo jurídico, mormente com a criação dos princípios e garantias constitucionais do cidadão, mostrou aos integrantes do Congresso Nacional e aos juristas de um modo geral que se fazia necessária uma avaliação, proposição e alteração do Código de Processo Penal Brasileiro, eis que datado de 1941 e incompatível, em muitas situações, com a nova ordem constitucional brasileira.

A necessidade de adequação do processo penal brasileiro ao nítido enfoque democrático da Carta Magna de 1988, mormente com a necessidade de se firmar o princípio acusatório do processo penal brasileiro ensejou a iniciativa consensual entre sociedade, juristas e legisladores de que alterações eram imprescindíveis no Decreto-Lei nº 3.689, datado de 03/10/1941.

Assim, inúmeras alterações foram realizadas no decorrer da história recente brasileira, entretanto somente no ano de 2009, ou seja, mais de 20 anos após a promulgação da Constituição “Cidadã” de 1988, restou apresentado o Projeto de Lei nº 156/2009, de autoria do então Senador da República José Sarney, buscando criar um novo Código de Processo Penal. Referido projeto de lei restou analisado por uma Comissão de Estudos da Reforma do CPP e, feita a redação final do texto, restou aprovada pelo Plenário do Senado Federal em 7/12/2010.

Ao chegar à Câmara dos Deputados, o projeto original restou renumerado para o atual Projeto de Lei nº 8.045/2010 e tramita nesta Casa de Leis desde então, tendo como Relator o Deputado Federal João Campos (GO) e como Presidente da Comissão que analisa o referido projeto, o Deputado Federal Fábio Trad (MS).

Ao dar início efetivamente à análise do projeto de lei proposto, constatamos que o TÍTULO III, denominado “DA AÇÃO PENAL, foi mantido pelo projeto que agora tramita na Câmara dos Deputados, entretanto houve significativa alteração na numeração dos artigos dispostos.

Assim, se no Código de Processo Penal atual, de 1941, as disposições referentes ao instituto da Ação Penal se iniciavam no artigo 24, no atual projeto de lei nº 8.045/2010 os artigos relacionados a este tema começam no artigo 44, reservando-se os artigos iniciais para os temas “Disposições Gerais”, “Juiz das Garantias”, “Inquérito Policial” e “Identificação Criminal”.

Ao contrário de alguns outros institutos dispostos em vários títulos do novo Código de Processo Penal, aqueles relativos à Ação Penal tiveram reduzidas alterações e algumas omissões que, a nosso ver, deveriam constar na discussão e aprovação, limitando-se o novo texto mais a uma organização de artigos e de ideias do que propriamente uma modificação material de temas.

Neste diapasão, importante consignar que inúmeras mudanças previstas no projeto de lei nº 8.045/2010 foram antecipadas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), especialmente no que já mencionamos sobre confirmar o princípio acusatório do processo penal brasileiro, solidificando o papel do Ministério Público Brasileiro como titular da ação penal e buscando garantir e solidificar a imparcialidade do Poder Judiciário quanto a produção de provas pelas partes<sup>117</sup>.

Ao analisar os primeiros artigos relacionados ao título ora proposto para debate – Da Ação Penal -, constatamos a inexistência de qualquer alteração significativa nos artigos compreendidos entre o número 44 e o número 50, os quais apresentam a repetição redacional já existente.

As únicas alterações meramente formais ocorridas no projeto apresentado se encontram no §2º do artigo 44 e no artigo 50, os quais tratam, respectivamente, do direito de representação e do direito de oferecer queixa-crime nos casos de ações penais privadas. Em ambos os casos o legislador ordinário apenas fez consignar, de forma expressa, o termo “companheiro”, no intuito de atualizar o novo código de processo penal aos ditames constitucionais que equiparam o cônjuge e o companheiro, passando a este último também os referidos direitos de apresentação de representação e queixa-crime nos casos de morte do ofendido ou declaração de ausência por decisão judicial. Tratou-se apenas de atualização de uma condição já consolidada no Direito Brasileiro<sup>118</sup>.

Ainda que não conste nos dispositivos apresentados qualquer menção a crimes em espécie, já que codificações distintas, reputamos interessante registrar que, com a aprovação da Lei nº 13.964/2020, de 24 de dezembro de 2019, chamada popularmente de Pacote Anticrime, restou consignada uma alteração substancial no crime de estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal, ao consignar em seu parágrafo 5º a exigência de representação da vítima em situações envolvendo referido crime.

<sup>117</sup> Art. 4º. **O processo penal terá estrutura acusatória**, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz, salvo em favor das garantias do investigado, na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (Projeto de Lei nº 8.045/2010). (grifei)

<sup>118</sup> No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil. STF – RE 646721 e RE 878694.



A inserção do parágrafo quinto ao citado artigo 171 do Código Penal Brasileiro objetivou disciplinar a ação penal correspondente em casos de crime de estelionato da seguinte forma:

Art. 171.

{...}

§5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:

I – a Administração Pública, direta ou indireta;

II – criança ou adolescente;

III – pessoa com deficiência mental; ou

IV – maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.”

Ainda que esta alteração se trate de matéria penal, contida na Lei Substantiva Penal Brasileira, necessário o registro da alteração pelo “Pacote Anticrime” pois retrata exatamente uma alteração substancial em caso corriqueiro no país de crime que passa a ter repercussão no processo penal ao se transformar em tipo cuja ação é penal pública condicionada à representação.

Um outro ponto relevante a se destacar envolve os casos em que a ação penal pública, que é a regra, será condicionada.

Neste sentido, o projeto de lei não alterou as possibilidades: representação do ofendido e requisição do Ministro da Justiça. Por sua vez, reputamos omissão significativa do legislador a não atualização ou supressão do termo “requisição”, previsto no artigo 44 do projeto, quando se refere ao Ministro da Justiça.

A disposição do projeto está assim redigida:

Art. 44. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido **ou de requisição do Ministro da Justiça**.

(grifos não constam do original).

A nossa discordância se encontra exatamente no termo “requisição”<sup>119</sup>, que significa ou impõe uma obrigação e, em tese, geraria uma determinação ao titular da ação penal – no caso o membro do Ministério Público responsável

<sup>119</sup> Na linguagem jurídica, requisitar é requerer com autoridade ou exigir. Nesse sentido a requisição é a exigência legal, a ordem emanada da autoridade competente para que se cumpra, se preste ou se faça o que está sendo ordenado. (Wikipédia)

pela análise do crime informado, originado de outro órgão, no caso um integrante do Poder Executivo Federal – Ministro da Justiça, em agir desta ou daquela maneira.

Observando os princípios insculpidos na nossa Constituição Federal e na legislação penal e processual penal vigentes, entendemos que a requisição do Ministro da Justiça não tem poder de coerção a ponto de obrigar o membro do Ministério Público a ajuizar uma ação penal, mas se limita a impor àquele uma análise sobre a eventual existência do crime narrado e indícios suficientes de autoria, mantendo inalterada a independência funcional do órgão do Parquet para denunciar, arquivar ou propor diligências.

As lições emanadas pelo professor Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 945) corroboram nosso entendimento:

Em certos casos, expressos em lei, por razões de natureza política, a ação pública só poderá ser iniciada mediante requisição do Ministro da Justiça. Essa requisição autoriza iniciar a ação, mas não vincula o Ministério Público, que mantém a liberdade e independência para examinar a ocorrência das condições que, a contrário sensu, defluem do art. 43 do CPP.

O reconhecido professor Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 112/113) manifesta-se no sentido de que o termo “requisição”, previsto no atual código de processo penal, não pode ser encarado como mero requerimento, entretanto comunga com o nosso entendimento no sentido de que a ação penal somente será intentada pelo órgão do Ministério Público se os elementos efetivamente presentes na requisição permitirem uma *opinio delicti* apta à persecução penal. Neste sentido:

Observe-se que, feita a requisição, isso não significa que o Ministério Público agirá automaticamente. Havendo provas suficientes a fundamentar a ação penal, segundo o princípio da obrigatoriedade, deve o Ministério Público ofertar denúncia; porém, havendo falta de justa causa para o início da ação, deve ser requerido o arquivamento da requisição e das provas que a acompanharam ou do inquérito, caso este tenha sido instaurado por conveniência da formação da *opinio delicti* do órgão acusatório.

Ainda que pareça questiúncula sobre situação deveras rara de ocorrer na vivência jurídica habitual, a discussão ganha força quando estamos diante

de um projeto de lei que deverá atingir todos os objetivos descritos no Título I, entre os quais o devido processo legal constitucional.

Ora, onde estaria o processo legal constitucional em uma ação penal que se inicia por ato requisitório de um integrante do Poder Executivo Federal (Ministro da Justiça)?

Tal conclusão poderia transparecer que o órgão integrante do Ministério Público e *dominus litis* da ação penal pública teria um papel meramente formal em ato requisitório que, conforme dito alhures, teria um poder coercitivo que afetaria o sistema acusatório vigente e afrontaria a independência funcional do membro do *Parquet*.

Assim, com a devida vênia, é que nós sugerimos a substituição do termo “requisição”, contido no artigo 44, §1º do projeto de lei nº 8.045/2010 por palavras que melhor espelhassem o real significado e objetivo, como por exemplo “representação”, “indicação” ou “encaminhamento” por parte do Ministro da Justiça, nos casos expressos da legislação penal vigente.

Ao analisar o artigo 51 do projeto de lei nº 8.045/2010, constatamos que ocorreu a atualização do dispositivo que garantia ao ofendido pobre promover a ação penal privada, substituindo a expressão nomeação de um “advogado” para promover a ação penal pela expressão “Defensoria Pública”.

Tal substituição, a nosso ver, espelha com efetivo acerto a importância do órgão da Defensoria Pública, que com o advento da Emenda Constitucional nº 80, de 04.06.2014, alterou a Seção III da Constituição Federal de 1988 e passou a integrar uma das funções essenciais à Justiça.

Aliás, importante consignar a intenção do legislador no projeto de lei nº 8.045/2010, no sentido de valorizar a instituição da Defensoria Pública, inclusive restando consignado no Relatório Parcial da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8.045/2010, afirmação do Relator-Parcial Deputado Federal Capitão Alberto Neto (2019, p. 6), o seguinte:

A opção legislativa de fortalecer a Defensoria Pública no processo penal brasileiro é deveras salutar, uma vez que cabe a esta instituição a defesa dos mais necessitados, a proteção do ‘lado mais fraco da corda processual’, a fim de tornar mais equânime o sistema acusatório brasileiro.

No caso ora analisado estamos tratando da previsão de nomeação de integrante da Defensoria Pública para propositura de ação penal privada, nos termos do artigo 51 do Projeto de Lei nº 8.045/2010, entretanto não deixa de ser relevante o objetivo do legislador em pontuar e registrar o papel importantíssimo da referida instituição na proteção dos interesses dos mais necessitados, seja

aquele que é acusado no processo penal, seja aquele que, sendo vítima, pretende a propositura de uma ação penal privada contra o seu ofensor. Obviamente que continuará existindo a possibilidade de nomeação de um advogado para promover eventual ação penal privada em casos de ofendidos pobres, desde que no local não exista um defensor público disponível para tanto.

No mesmo artigo restou suprimido o §2º do atual artigo 33 do Código de Processo Penal, que previa um atestado da autoridade policial como prova suficiente da pobreza do ofendido para fins de propositura da ação penal privada através de nomeação de um advogado.

Esta supressão nos parece salutar eis que a lei nº 1060/50 estipula a presunção de hipossuficiência que, ainda que não seja absoluta, prescinde exclusivamente do pleito do ofendido, em casos de ação penal privada, somente sendo refutada por circunstâncias concretas em sentido contrário. Ora, se é entendimento jurisprudencial, baseado na lei acima mencionada, que basta uma simples afirmação do interessado de que não está em condições de arcar com as custas do processo e com os honorários advocatícios, sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família, não há qualquer necessidade de se exigir um atestado da autoridade policial com a mesma finalidade.

As disposições atuais do projeto que se iniciam no artigo 52 e terminam no artigo 55 não trouxeram grandes alterações, limitando-se a modernizar palavras ao arcaico código de 1941.

Entre as alterações apresentadas, constatamos a ocorrência de substituições de algumas expressões: a) “menor de 18 (dezoito) anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental” por “incapaz” (artigo 52 do projeto de lei); e b) “fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas” por “pessoas jurídicas legalmente constituídas” (artigo 54 do projeto de lei).

O novel artigo 56 do projeto de lei em nada difere do atual artigo 44 do código de processo penal, entretanto faço questão de enfatizá-lo pois, aos que labutam nos Juizados Especiais Criminais, é sabido que se trata de uma das maiores dificuldades aos ofendidos e seus respectivos advogados na observância dos requisitos da procuração com poderes especiais, nome do querelante e menção ao fato criminoso.

Tal inobservância tem gerado uma grande quantidade de decisões judiciais<sup>120</sup> que declaram a extinção da punibilidade com fundamento

<sup>120</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A HONRA. CALÚNIA E INJÚRIA. NULIDADE DA PROCURAÇÃO OFERTADA PELA QUERELANTE. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DOS FATOS CRIMINOSOS. INSTRUMENTO DE MANDATO EM DESCONFORMIDADE COM O ARTIGO 44 DA LEI PENAL ADJETIVA. AUSÊNCIA DE NARRATIVA DOS FATOS ATRIBUÍDOS AO QUERELADO. MÁCULA CHARACTERIZADA. REGULARIZAÇÃO EFETUADA APÓS O PRAZO DECADENCIAL. AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. REVALORAÇÃO DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. (AgRg no REsp 1673988/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA,

no artigo 107, inciso IV, do Código Penal – decadência.

Ainda que tenha feito tal observação, reputo importante a repetição de tais exigências no intuito de conter ímpetos demandistas em ações penais privadas sem a esmorecida manifestação de vontade do querelante e informações suficientes para que a ação penal tramite regularmente.

Em simples leitura dos artigos numerados como 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67 e 68 do projeto de lei nº 8.045/2010, é fácil concluir que os mesmos não tiveram qualquer alteração, existindo apenas a renumeração dos artigos no novel código de processo penal, caso aprovado.

Especificamente em relação ao artigo 62 do atual código de processo penal, observa-se que o mesmo restou suprimido.

O artigo 62 do código de processo penal vigente prevê:

Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

A disposição prevista no referido artigo 62 traz como única exigência para que possa ocorrer a extinção da punibilidade de qualquer acusado em razão de sua morte, a apresentação de uma certidão de óbito.

A discussão sobre a exigência de certidão de óbito já gerava polêmica quando se referia à possibilidade de que referido documento pudesse ser falseado, acarretando em extinção da punibilidade do agente.

Para alguns a constatação de falsidade da certidão de óbito após o trânsito em julgado da decisão que extinguiu a punibilidade seria inócua, eis que seria vedada a revisão criminal *pro societate*, remanescendo apenas a investigação e o processamento do autor pelo uso de documento falso (artigo 304 do Código Penal).

O nosso entendimento é diverso e segue a linha adotada pelo professor Rogério Sanches Cunha<sup>121</sup> (2019, p. 364) no sentido de que a decisão que extingue

---

julgado em 22/05/2018, DJe 28/05/2018) (grifos não constam do original).

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – REJEITADA – FUNGIBILIDADE RECURSAL - ADMISSÃO COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – AÇÃO PENAL PRIVADA – CALÚNIA E DIFAMAÇÃO – REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME – VÍCIO NA PROCURAÇÃO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CPP – IMPOSSIBILIDADE DE CORREÇÃO – DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL – RECURSO DESPROVIDO. (TJMS. Apelação Criminal n. 0806001-62.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Emerson Cafure, j: 13/03/2019, p: 14/03/2019) (grifos não constam do original).

<sup>121</sup> Entendemos, seguramente, que tal decisão, que reconheceu a extinção de punibilidade, é **inexistente**, não passa de ‘forma sem conteúdo’, logo, insuscetível de sofrer os efeitos da coisa julgada. Com efeito, *quod nullum est nullum producit effectum.*” (grifos constam no original)

a punibilidade baseada em falsa premissa (no caso documento ideologicamente falso) não poder produzir efeitos jurídicos, devendo ser revogada e permitir o prosseguimento da ação penal em desfavor do agente, incluindo aí a responsabilização penal devida pela produção ou uso do documento falso.

Acredito que o legislador do novo Código de Processo Penal agiu corretamente na supressão do atual artigo 67, eis que mantinha em sua descrição a expressão “somente à vista da certidão de óbito”, o que retirava a possibilidade de que outras provas fossem obtidas, como por exemplo uma decisão judicial de ausência, um laudo de exame necroscópico, enfim, qualquer outra prova cabal que permitisse ao juízo criminal a certeza da morte do agente.

A prática nos sugere que a certidão de óbito continuará sendo a prova recorrente nos casos de extinção da punibilidade pela morte do acusado, entretanto a supressão do referido artigo permite que outras provas eventualmente sejam apresentadas para o fim de comprovação do óbito do acusado.

Ao analisar os artigos apresentados no projeto de lei nº 8.045/2010 e compararmos com os dispositivos ora vigentes no atual Decreto-lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal), constatamos poucas alterações significativas e algumas omissões relevantes.

### 3 CONCLUSÃO

A análise e exposição feitas neste singelo artigo serviram para a obtenção de algumas conclusões em relação ao projeto de lei nº 8.045/2010 e reflexões críticas sobre a aplicação de um eventual código de processo penal em benefício da sociedade, sem prejuízo da observância irrestrita de direitos e garantias insculpidos na Constituição Federal de 1988.

A primeira confirmação que se tem com o projeto é a constatação comum e praticamente consensual de que o Código de Processo Penal atual é desatualizado, regido por princípios incompatíveis com os ditames constitucionais de 1988 e baseado em premissas não condizentes com a realizada pela qual o país atravessa.

Obviamente que as alterações mais significativas não restaram analisadas neste artigo, eis que, como mencionado na Introdução, nossos estudos restaram limitados ao Título III que aborda a temática “Da Ação Penal”.

Mesmo assim, não é possível uma análise compartimentada de um projeto da amplitude que é um novo Código de Processo Penal, sem que seja observado o interesse primeiro do legislador e das comissões de notáveis que insculpiram o projeto ora analisado: a adequação do processo penal brasileiro à nova ordem constitucional advinda com a Constituição Federal de 1988, sem se descuidar da efetividade da tutela penal, expressamente mencionada no artigo 5º do projeto de lei nº 8.045/2010.

Pela relevância do contido nas Disposições Gerais do novo código de processo penal, previsto no projeto de lei nº 8.045/2010, ousamos transcrever parte do trecho que demonstra tal intenção legislativa:

Art. 5º A interpretação das leis processuais penais orienta-se pela proibição de excesso, pela dignidade da pessoa humana e pela máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, **a efetividade da tutela penal**.  
(grifos não constam do original)

As discussões relevantíssimas sobre o âmbito do garantismo penal e seus posicionamentos extremados para um e outro lado nos permitem afirmar que o projeto de lei e, por consequência óbvia, o legislador brasileiro buscam adequar as garantias constitucionais expressamente previstas na Carta Magna de 1988 aos anseios de uma coletividade que aguarda ansiosamente uma efetividade da tutela penal, com nítido apoio popular e dos juristas de que a persecução penal não pode ser mera formalidade, mas deve alcançar a proteção efetiva da sociedade.

Mas voltando ao objeto deste artigo, qual seja, os ditames relacionados ao instituto da ação penal no sistema de persecução penal brasileiro, cuja previsão consta no projeto de lei ora analisado como Título III, mormente nos artigos 44 a 68, cumpre-nos afirmar que se trata de comportamento claro e nítido a timidez com que os nobres legisladores trataram da ação penal.

Ao realizar a leitura de todo o projeto de lei nº 8/045/2010 e excepcionarmos algumas situações muito específicas, as alterações relacionadas à ação penal foram ínfimas e praticamente mantém as disposições já existentes no atual código de processo penal, vigente no Direito Brasileiro.

Uma das exceções é a menção expressa ao sistema acusatório, contida no artigo 4º do projeto de lei do novo código de processo penal<sup>122</sup>.

Outro relevante tema consignado no Capítulo II, especificamente entre os artigos 14 e 17 do projeto de lei nº 8.045/2010, se trata do debatido e polêmico instituto do “Juiz de Garantias”<sup>123</sup>, o qual acabou sendo previsto na Lei

<sup>122</sup> Art. 4º **O processo penal terá estrutura acusatória**, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz, salvo em favor das garantias do investigado, na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (grifos não constam do original)

<sup>123</sup> A figura do Juiz de Garantias não fazia parte do projeto intitulado Pacote Anticrime, apresentado pelo Ministro da Justiça do Brasil Sérgio Moro, entretanto acabou sendo incluído por iniciativa do Poder Legislativo e, após sua aprovação, restou sancionado pelo Presidente da República e se tornou a Lei nº 13.964/2019. Em razão da aprovação atingir toda a estrutura de funcionamento do Poder Judiciário Brasileiro, em janeiro do corrente ano, o Ministro do STF Dias Toffoli concedeu uma liminar adiando a eficácia do instituto do Juiz de Garantias por 180

nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), mas acabou suspenso por decisão do Supremo Tribunal Federal e está pendente de julgamento.

Um assunto polêmico e que não restou tratado no novo código de processo penal se refere à importância do inquérito policial para as investigações que embasarão as ações penais públicas.

É indiscutível que, no decorrer do tempo, as melhorias qualitativas nas investigações realizadas pelas autoridades policiais são visíveis e dignas de elogios. Ocorre que, a nosso ver e com todas as vênias, o modelo investigatório brasileiro continuou arcaico, sem um trabalho conjunto entre as instituições da Polícia Judiciária Civil e o Ministério Público, o que acarreta um material humano de alta qualidade, mas com dificuldades na obtenção, produção, armazenamento e utilização da prova de forma eficaz em uma ação penal.

O trabalho conjunto entre o Ministério Público e as Polícias Judiciárias, cuja eficácia e efetividade é amplamente comprovada em diversas operações, acabam ficando restritas às forças-tarefas e aos grupos especializados criados para atingir situações específicas, que sabidamente são em número muito reduzido pelo país afora e estão muito distantes da estrutura disponível às inúmeras ações penais ajuizadas diariamente por membros do Ministério Público Brasileiro.

Outro ponto que, a nosso ver, restou omitido do projeto de lei trata do instituto do *Plea Bargain*.

Este instituto é baseado na experiência vivida no sistema jurídico vigente nos Estados Unidos da América e acabou por ser inserido no projeto de lei apresentado pelo Ministério da Justiça do Brasil no chamado “Pacote Anticrime”, entretanto restou rejeitado pelos congressistas ao aprovar a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Obviamente que não defendemos um instituto nos mesmos moldes do original, eis que possuímos uma realidade social e jurídica diferenciada e que merece uma resposta original e compatível com tal realidade. O que pregamos é a oportunidade que o Congresso Nacional possui de discutir um assunto de tamanha relevância como é a possibilidade do titular da ação penal, ao se deparar com situações claras de culpabilidade e oportunizadas todas as garantias processuais do acusado, antecipar o resultado que adviria somente após longa e exaustiva persecução penal, permitindo maior celeridade e o descongestionamento do Poder Judiciário, sem perder de vista a obrigatoriedade de observância de todos os direitos e garantias individuais e processuais dos acusados.

---

dias. Uma semana depois o Ministro Luiz Fux, analisando a mesma matéria, suspendeu *sine die* a eficácia da parte da Lei nº 13.964/2019 que tratava do Juiz de Garantias, estando a tramitação dos processos atualmente na fase de realização de audiências públicas pelo STF (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305).



Esta discussão acarretou em melhorias na persecução penal ao lograr êxito na criação do acordo de não persecução penal a ser realizado em casos de menor gravidade, entretanto restou aquém das expectativas daqueles que labutam no dia a dia forense, diante da relevância do momento de se discutir todo o ordenamento jurídico processual penal como está sendo feito com o projeto de lei nº 8.045/2010, ora analisado e valorado.

Concluindo este artigo, ousou dizer que a ação penal restou relegada pelo legislador no projeto de lei nº 8.045/2010, competindo aos juristas e aos nobres congressistas ampliar a discussão sobre o que efetivamente tem impedido o sistema de Justiça para alcançar uma ação penal mais condizente com os anseios da sociedade, primando sempre pela preservação das garantias processuais dos acusados constitucionalmente previstas, mas sem descuidar do objetivo de se alcançar uma verdadeira efetividade da tutela penal em benefício da coletividade e do interesse público.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 22 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 22 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de setembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 22 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 24 mar. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Volume Único. 7. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. In: **Do Projeto de Reforma do CPP ao Projeto de Lei “Anticrime”: Mirando a Constituição**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>. Acesso em: 22 mar. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 1. 35. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

## DO ACUSADO E DE SEU DEFENSOR: ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DO GARANTISMO PENAL

Bianka Machado Arruda Mendes<sup>124</sup>

**Resumo:** O presente artigo analisa as alterações realizadas no Novo Código de Processo Penal à luz da figura do investigado e do réu, as garantias que lhe são asseguradas, as mudanças do interrogatório judicial e, conseqüentemente, a equívoco na aplicação do garantismo penal. A importância da atuação do Ministério Público na defesa da ordem jurídica, que também implica na observância de todas as garantias legais e a dicotomia com o fato de ser uma das partes do processo.

**Palavras-chave:** Novo Código de Processo Penal – Garantismo Penal – Atuação do Ministério Público – Garantias do Réu.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Alterações e Influência do Garantismo Hiperbólico Monocular. 3. Conclusão. 4. Referências.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Das alterações pretendidas com o Novo Código de Processo Penal, vários artigos são dedicados a figura do acusado e de seu defensor, ganhando relevo a proteção de seus direitos e garantias.

Com uma redação pretensiosa, na intenção de elevar mais ainda a figura do réu ao longo da investigação ou do processo, cuja conclusão é, senão, a de que o legislador ainda compreende que existe uma fragilidade defensiva, o texto é confuso, ao menos em alguns momentos, na tentativa de proteger os direitos do investigado e acusado, deixando dúvidas quanto a interpretação mais adequada a conferir ao texto normativo, a exemplo do que poderia ser entendido por tempo excessivo do interrogatório do réu.

O texto traz disposições óbvias, como a proibição do emprego de métodos ou técnicas ilícitas, demonstrando que o legislador ainda possui uma desconfiança com relação ao Estado, representado pelas autoridades, sejam juízes, promotores de justiça e delegados.

Mais ainda, retira da autoridade judiciária a liberdade de realizar o interrogatório, quando fixa uma ordem de perguntas a ser realizada, podendo

---

<sup>124</sup> Graduada em Direito pela Universidade Para o Desenvolvimento do Estado e Região do Pantanal – UNIDERP. Especialização em Direito do Estado e das Relações Sociais pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Mestre em Processo Penal y Garantismo pela Universitat de Girona/Spaia – UdG.

gerar, em algumas situações, discussões por parte da defesa quanto a não realização de perguntas na ordem indicada pelo artigo ou a ausência de determinado questionamento.

Em tempo, nota-se que as mudanças pretendidas advêm da equivocada compreensão sobre o garantismo penal de Ferrajoli, a qual parte significativa da produção normativa/doutrinária e jurisprudencial no Brasil a tenha desfigurado.

No Brasil, a constitucionalização do Direito ganhou corpo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em reprodução ao que aconteceu no segundo pós-guerra na Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, juntamente com outras características, quais sejam: reconhecimento da força normativa dos princípios; utilização dos métodos mais abertos de raciocínio jurídico; reaproximação entre Direito e Moral; constitucionalização do Direito; judicialização da política e relações sociais (SARMENTO, 2010, p. 237).

Em ruptura ao regime autoritário militar instalado em 1964,<sup>125</sup> cujo processo penal, sem garantias ao réu, era arbitrário aos opositores do sistema, o período pós Constituição Federal de 1988 demarcou o processo de democratização, isso é, a mitigação da liberdade individual somente ocorre com um meticuloso controle do poder normativo do Estado (PINHEIRO, 2019, p. 45), devendo o investigado/réu ter seus direitos protegidos em face da ação estatal em sua atividade persecutória.

Ainda, especialmente na década 1990, surge uma nova visão sobre o réu, o qual deixa de ser um objeto na instrução processual e passa a ser um sujeito de direitos, ao mesmo tempo em que o juiz deixa de aplicar a lei de maneira acrítica e incondicionada, para aplicá-la em coerência com a Constituição Federal (FISCHER, 2015).

Nesse sentido, os estudos do Luigi Ferrajoli passam a ganhar força, estabelecendo um modelo normativo garantista que tenha o condão de mitigar abusos e regime totalitários, em que a norma não terá qualquer validade quando juridicamente ilegítima no plano substancial, ao passo que umbilicalmente ligada à tutela ou manutenção dos direitos fundamentais do cidadão.

Sob este aspecto, as mudanças pretendidas no Novo Código de Processo Penal enxergam o investigado/réu como o elo fraco dentro da relação processual, mas única e exclusivamente a estes, logo, carreando a premissa do garantismo penal monocular.

Acerca do instituto, preleciona Luiz Eduardo Sant'Anna Pinheiro (2019, p. 59):

Essa corrente, jungida na premissa de que o Direito Penal deve ser aplicado em observância às garantias constitucionais,

<sup>125</sup> Ibid., p. 211

como instrumento de proteção do cidadão em face das arbitrariedades estatais, proclama a necessidade dessa mesma proteção. Contudo os seguidores desta corrente argumentam que a defesa se deve dar exclusivamente àqueles que se veem investigados, processados ou condenados, ou seja, tidos como a parte mais fraca no processo penal.

Dito isso, a análise acerca das inovações pretendidas pelo legislador será feita sob o prisma do Garantismo de Ferrajoli e a visão monocular aplicada ao instituto, cujos impactos denotam implicações na prática.

## 2 ALTERAÇÕES E INFLUÊNCIA DO GARANTISMO HIPERBÓLICO MONOCULAR

A teoria do garantismo penal, entendida como um modelo normativo de direito, foi criada como uma limitação ao exercício absoluto do poder punitivo estatal, especialmente por conta da conjuntura histórica vivenciada na Itália, em que o Estado, através de um direito penal flexível, utilizava uma legislação de emergência, contra atos terroristas (MAGALHÃES, 2010, p. 207).

Entretanto, com o extremismo de seus preceitos (MAGALHÃES, 2010, p. 207), a utilizam apenas como atenção exclusiva aos direitos individuais dos réus, se esquecendo dos direitos fundamentais da sociedade (FISHER, 2015, p. 33).

A compreensão é tão absurda que na comunidade jurídica aquele que se opõe a determinados tipos de pensamentos impostos por parte da doutrina é colocado como antigarantista.

Com efeito, o significado do termo “garantismo”, como bem observado por Héctor H. Hernández (2017, p. 09), não serve para identificar algo, isso porque na Argentina, assim como no Brasil, é assegurado que o réu seja julgado por um juiz imparcial, que exerça a ampla defesa, seja presumida sua inocência etc., *garantias que nadie niega ni negó nunca em el Derecho argentino*.

Para Héctor H. Hernández (2017, p. 11), se plantam um problema, na busca de deslegitimar o sistema penal e processual penal, tanto que:

Afirmar que la ideología justificadora de los sistemas penales es incompatible con la ideología de los Derechos Humanos *puede parece un contrasentido*, puesto que todos os instrumentos de Derechos Humanos parecen reconocer la legitimidade del sistema penal, ocupándose com cierto detalle de sus límites e garantías.

[...]

No obstante, um análisis más cercano y detenido de la

cuestión y, particularmente, su *genealogía ideológica*, nos permitirá ver que esto no pasa de ser una simples apariencia.

Por consequência, diante dessa falsa percepção, equivocadas conclusões existem sobre violações ao garantismo penal:

El coro de secuaces y de temerosos inunda las revistas juristas com notas a fallos celebrando la novedad “derechumanista”, y los demás doctrinarios, escritores y jurces copian y, si viene al caso, radicalizam las soluciones...y las editoriales jurídicas vem que “eso vende” y publicam, y se multipotencian los disparates. (HERNADEZ, 2017, p. 100)

Nesse sentido, Antonio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro (2011, p. 23), ainda que não se trate de uma crítica específica ao garantismo brasileiro, contribui para o tema quando afirma que:

os excessos de garantismo complicam, em geral, os diversos Direitos europeus, pois “No imaginário legislativo, há que se proteger as pessoas das medidas tomadas pelo poder, neste se incluindo os tribunais. Aos arguidos em processos penais ou aos demandados em ações cíveis, concedem-se todos os direitos. As vítimas de crimes e os queixosos em Justiça são vistos com desconfiança. Apenas as necessidades de eficiência econômica têm vindo a contrabalançar esta curiosa postura Ocidental.”

Segundo Douglas Fisher (2015, p. 37), existe uma visão monocular, em que os direitos fundamentais individuais ganham maior peso frente aos direitos coletivos e sociais, princípios e valores e deveres, todos previstos na Constituição Federal.

Esse modelo garantista individualista foi fundado no direito penal liberal, ante a necessidade de segurança jurídica do indivíduo frente ao Estado. Nessa linha, Eugênio Pacceli (2012, p. 128) sustenta que o processo deve ser sempre uma garantia individual, destinada a promover, o quanto possível, a igualdade entre as partes no curso do processo, isso porque, segundo o doutrinador, o Estado atua em posição de vantagem, notadamente a acusação, ante as amplas garantias e prerrogativas institucionais.

Em tema, pois, de processo penal garantista infere-se que ele deixa de ser ater a sua finalidade essencial, para servir como instrumento de garantia

dos direitos e liberdades individuais, deslegitimando, dessa maneira, qualquer modelo de controle social que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais (OLIVEIRA, 2011, p. 171).

Trata-se de aplicação do Garantismo Hiperbólico ou Monocular à legislação pátria, uma vez que pretende assegurar ao indivíduo todas as garantias de direito e liberdades individuais em face dos atos abusivos do Estado e, para tanto, valendo-se do processo penal como instrumento dessas garantias.

No escólio de Luiz Eduardo Sant’Anna Pinheiro (2019, p. 59), “representa um modelo garantista focado, de forma ampla e exclusiva, em prol dos desejos do acusado, com o fim de protegê-lo dos abusos estatais.”

Nesta senda, resta evidente que a construção doutrinária acerca do garantismo penal monocular serviu de esteio ao legislador na elaboração do projeto, sempre sob o foco de que a liberdade processual do investigado/réu é o cerne primordial da tutela no processo penal.

Esta visão de desigualdade do réu/investigado em face do Estado e seu poder punitivo gera uma falsa percepção de que a persecução penal é feita de maneira impositiva, alheia aos preceitos norteadores do direito e da própria Constituição Federal, como se estivessemos vivenciando verdadeiro estado de exceção.

Ora, evidente que os substratos que formaram a Constituinte que originou nossa *Lex Mater* são sim compostos de um resquício não democrático em que o país viveu. Entretanto, qualquer entendimento de que a lei processual penal deva ser instrumento de garantias unicamente ao réu/acusado, parece completamente fora de razão. Junte-se a este aspecto os avanços da operação lava-jato e encontramos o berço perfeito para o fomento de norma revisional em total deturpação do conceito originário de Ferrajoli, que a rigor, traveste-se em um espantinho de garantias ao acusado/réu, quando na realidade tem o desiderato de promover um óbice ao *jus puniendi*.

Tanto é assim que, recentemente, no pacote anticrime fora importada a figura do juiz das garantias, segundo o qual, consoante consta na Exposição de Motivos do Projeto de Lei, seria o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais<sup>126</sup>. Da mesma maneira, no §1º do Artigo 81 também existe previsão desta figura:

Art. 81. O interrogatório constitui meio de defesa do investigado ou acusado e será realizado na presença de seu defensor.

§1º No caso de flagrante delito, se, por qualquer motivo, não se puder contar com a assistência de advogado ou defensor

<sup>126</sup> <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8006054&ts=1568234051798&di sposition=inline>.

público no local, o ato de prisão em flagrante será lavrado e encaminhando ao juiz das garantias sem o interrogatório do conduzido, aguardando o delegado de polícia o momento mais adequado para realizá-lo.

Não obstante, de acordo com Albel Fernandez Gomes (2010, p. 98-105) o nome conferido:

configura verdadeira tautologia, do momento em que expressa discurso vicioso, inútil e repetitivo, porquanto a existência do juiz já é, histórica e essencialmente, senão a mais importante, uma das mais relevantes garantias conquistadas pela humanidade, na medida em que se trata da investidura de um cidadão na autoridade pública de julgar segundo regras constitucionais e leis editadas pelo Poder Legislativo, tudo dentro de uma concepção tradicionalmente consagrada por Montesquieu sobre a divisão harmônica dos poderes.

Ainda, das inovações trazidas pela Lei 13.964/2019, quanto aos pedidos de medida cautelar, o artigo 282, §3º alterou parte do antigo texto, incluindo a previsão de que o juiz determine a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de cinco dias, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

Da lição de Sidnei Agostinho Benetti (2012, p. 1261-1289), a prisão preventiva, diferente do Direito alemão, os pressupostos se dividem em:

os materiais, assim denominados porque situados fora do campo processual, no próprio crime ou no agente, e os formais, referentes ao processo, ou seja, à forma de efetivação da prisão.

Os pressupostos materiais são: 1.º) a forte suspeita de cometimento do delito (*dringend Verdach*); 2.º) o motivo da prisão (*Haftgrund*), que se divide em quatro motivos possíveis: a) fuga ou perigo de fuga (*Flucht oder Fluchtverdach*); b) perigo de obscurecimento da prova (*Verdunkelungsgefahr*); c) gravidade do fato (*Schwerer der Tat*); d) perigo de cometimento de novos crimes (*Wiederholungsgefahr*).



No direito brasileiro, com influência do direito italiano, espanhol e português, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris* são os pressupostos para a decretação da segregação cautelar.

Veja, o perigo da demora ou, como é denominado no direito processual penal brasileiro, *periculum in libertatis* possui a urgência implantada em sua natureza, assim, indaga-se: como, então, diante dessa urgência ínsita, que o legislador passa a permitir que o indiciado/acusado seja ouvido no prazo de cinco dias?

A resposta é clara, uma vez enfraquecido o processo penal, o direito penal perde a sua eficácia, restando uma proteção ineficiente à sociedade e ordem jurídica, em razão da sobrevalorização das garantias processuais em favor dos réus que dificultem ou tornem inviável o exercício pleno da justiça. (HERNADEZ, 2017, p. 100) Da visão distorcida, como consequência, surge o débito penal a ser resgatado para o Estado e para a sociedade, além, é claro, da impunidade.

Francisco Campos, mencionado por Gilberto Callado de Oliveira no livro *Garantismo e Barbarie* (1979, p. 173), afirma que

as vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardaria, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.

Na Argentina, algumas obras, visando a reconstrução da justiça penal, asseveram a existência de um garantismo abolicionista, cuja consequência é, senão, causar a insegurança.

Dito isso, é necessária especial atenção para não ser tentado ao equívoco da conclusão que as alterações produzidas sejam resquícios do período ditatorial vivenciado pelo Brasil ou dos efeitos do pós-segunda guerra.

Em verdade, ainda que seja ousado afirmar, as alterações decorrem dos efeitos pós lava jato e demais operações voltadas para o combate a corrupção, as quais alcançaram pessoas do alto escalão político e financeiro do país.

Nessa senda, não há como deixar de observar alguns aspectos quanto ao interrogatório, cujo artigo 84, §2º, do projeto n. 8.045/2010, dispõe que o interrogado será perguntado sobre:

- I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;
- II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;
- III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;
- IV - as provas já apuradas;
- V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;
- VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;
- VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;
- VIII - se tem algo mais a declarar em sua defesa.

O legislador, ao prever no referido dispositivo as perguntas que o magistrado irá fazer durante fase de instrução ao réu, manifesta, no prosclênio, a intenção de coarctar a liberdade na condução do interrogatório. Trata-se de verdadeira fixação de um *script* na atuação do juiz, que se interpretado à luz do §2º do Artigo 82 pode representar perigosa incubadora de nulidades processuais que beneficiem o réu.

Isso porque, o §2º do Artigo 82 veda o prolongamento excessivo do interrogatório, em razão da preservação da integridade física e mental do interrogado. Mas a questão que se apresenta é: o que seria “tempo excessivo”?

Por óbvio que a análise do caso concreto deve ser considerada sempre, ainda porque as peculiaridades enfrentadas conduzirão o interrogatório, não podendo existir um conceito fechado para o termo empregado no dispositivo legal que se dissocie da quantidade de fatos imputados, número de réus, circunstâncias específicas etc.

Volvendo-se ao tema do interrogatório, o juiz, que havia deixado de ser mero espectador, em razão do dever de pacificação social (ALVES, 2010, p. 10), voltaria, então, como sustentava Montesquieu, a ser “boca da lei”?

Ada Pellegrini Grinover (2012, p. 3), sobre a função social do juiz, alerta que não é possível imaginá-lo inerte, passivo, refém das partes. E mais,

Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do

ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social.

Em desate, das alterações visadas pelo projeto do novo Código de Processo Penal, no que tange do acusado e do defensor, pode-se afirmar, em suma, a existência de um extremo receio com relação a possíveis abusos eventualmente praticados por autoridades públicas (policial, juiz, etc.), deixando, porém, a oportunidade de prever dessa mesma maneira com relação as partes processuais, principalmente em relação a defesa.

Em outras palavras, ainda impera uma desconfiança contra o Estado, esquecendo o legislador que todos os direitos e garantias trazidas no texto do projeto já são incorporadas em nosso sistema, notadamente na Constituição Federal.

Nesse ponto, aliás, é inevitável destacar a importante função desempenhada pelo Promotor de Justiça, como fiscal, para a garantia do exercício do direito à defesa pelo réu.

Isso porque, o promotor de justiça, pelo cargo que ocupa e pelo juramento que faz ao tomar posse - “seguir os ditames da lei e da constituição” -, age com lealdade durante o processo (MAZZILLI, 2012, p. 293).

Isso é, a atuação do *parquet* não é baseada no alcance de interesses pessoais, pois além da ética profissional exigida para o prestígio e dignidade da instituição (MAZZILLI, 2012, p. 55), o membro do Ministério Público exerce um papel fundamental previsto na Constituição Federal: a defesa da ordem jurídica.

De fato, o Ministério Público, durante o processo, é um dos sujeitos da relação processual, tendo ônus e faculdades processuais, pois inicia a ação penal, produz provas, faz requerimentos, recorre etc. (MAZZILLI, 2012, p. 294). No entanto, essa posição não enfraquece o seu dever de fiscalização dos direitos do réu<sup>127</sup>, nele compreendido o direito à defesa.

Diferente do que ocorre na Espanha (BECERRA, 2017, p. 32)<sup>128</sup>, um dos princípios do Ministério Público brasileiro é independência funcional, cuja interpretação remete a possibilidade de o membro atuar com liberdade<sup>129</sup>, sem a ingerência de um superior hierárquico (MAZZILLI, 2012, p. 79).

Assim, uma instituição independente, livre da influência de outros órgãos ou agentes da mesma instituição, garante que o réu não seja acusado

<sup>127</sup> Carnelutti fala sobre a difícil tarefa de um promotor que é fiscal e acusador.

<sup>128</sup> BECERRA, Santiago Guibert Ovejero, El Ministério Fiscal em el Ciclo XXI, p. 32, esclarece que a Constituição Espanhola conferiu ao Ministério Público quatro princípios: princípio da legalidade, imparcialidade, unidade de atuação e dependência hierárquica.

<sup>129</sup> Deve respeitar os deveres previstos na Constituição e leis que regem a Instituição.

por um “promotor de encomenda, assegurando o direito à defesa” (MAZZILLI, 2012, p. 98).

Da mesma maneira, o juiz, visto como a própria garantia de uma jurisdição, impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos, devendo a atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.<sup>130</sup>

De outro lado, das alterações trazidas, observa-se que o legislador caminhou bem ao refutar de vez as extensas discussões quanto ao interrogatório, se é meio de prova ou de defesa, dispondo no Artigo 81 que se trata de meio de defesa.

O direito à defesa, entendido como a viabilidade de o acusado se insurgir ao que contra ele se afirma (BUENO FILHO, 1994, prefácio), encontra na Constituição Federal de 1988 diversas disposições que, mediata ou imediatamente, asseguram o seu exercício, como, por exemplo, o princípio da igualdade, princípio da legalidade, princípio presunção de inocência, princípio da ampla defesa e contraditório etc.

É, pois, um instrumento indispensável à realização da justiça, cujo objetivo é a preservação dos direitos do acusado, especialmente no que tange ao *ius libertatis* (MOURA e BASTOS, 1993, p. 8).

Mais ainda, importante previsão consta no Artigo 77, em que exige manifestação fundamentada em todas as oportunidades que seja necessário, evitando que advogados constituídos ou nomeados sejam omissos e passivos às adversidades do processo, adotando uma postura ativa e combativa na defesa do réu.

### 3 CONCLUSÃO

Em suma, das alterações visadas pelo projeto do Novo CPP fica evidente que a redação legal tem como escopo principal a proteção do réu, seja durante a fase inquisitiva, seja durante a fase processual, o que, reafirma-se, de forma equivocada prepondera uma desconfiança sobre a efetividade defensiva e da possível certeza acerca da existência de abusos perpetrados por agentes estatais, as quais maculariam o direito de defesa do réu.

Porém, para se ter um garantismo penal integral, é necessária a conjugação da proteção de todas as gerações de direitos humanos, pois

<sup>130</sup> Preceito constante no Capítulo I do Código de Ética da Magistratura, Disposições Gerais, que estabelece a conduta do magistrado perante o jurisdicionado e a sociedade em geral, o dever de obediência à Constituição Federal de 1988 e à democracia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acessado em: 17.12.2019.

ao mesmo tempo em que se combate o abuso de poder de punir do Estado, também deve ser combatido outros abusos, como, por exemplo, eventual abuso do direito de defesa.

Dessa maneira, com o intuito de uma convivência harmônica entre os direitos fundamentais de cunho individual e coletivo, diante da existência de uma possível tensão entre bens jurídicos, liberdade e segurança, deve-se afastar, pois, da visão monocular, em que visa a tão somente proteger direitos individuais do réu, para sopesar outros bem e valores envolvidos no caso, conferindo, pois, a legitimidade da limitação dos direitos de cada pessoa pelas exigências do bem comum (MAGALHÃES, Ano, p. 10).

## REFERÊNCIAS

ALVES, Fabio Wellington Ataide. **O retorno dos prêmios pela cabeça? um estudo sobre a possibilidade de reperguntas no interrogatório do co-réu delator, com enfoque a partir do direito de mentir e do novo ordenamento da delação premial.** In: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003, V. 809, p. 446 – 462.

ALVES, Fabio Wellington Ataide. **O abuso da garantia de defesa no processo penal: a renovação da defesa penal protelatória.** In: Revista do Direito e Liberdade. Mossoró, 2007, V. 7, p. 83 – 100.

BECERRA, Santiago Guibert Ovejero. **El Ministerio Fiscal em el Siclo XXI.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Doutrinas Essenciais Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 14 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 8.045, de 22 de dezembro de 2010. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 14 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Código de Ética da Magistratura.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 16 dez. 2019.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. **O direito à defesa na Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1994.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa “in agendo”.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

FISHER, Douglas. **O que é Garantismo penal integral?** In: FISHER, Douglas; CALABRITICH, Bruno; PELELLA, Eduardo (Org). *Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil.* 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Albel Fernandes. **“Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia.** In: Revista CEJ, Brasília, ano XIV, n. 51, p. 98-105, out/dez 2010. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-CEJ\\_n%2051.10.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n%2051.10.pdf). Acesso em: 14 dez. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HERNÁNDEZ, Héctor H. **Inseguridad y garantismo abolicionista: bases para la reconstrucción da la justicia penal.** 1. ed. Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2017.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O Garantismo Penal Integral: enfim, uma proposta do fetiche individualista** In: Revista da EMERJ, v. 13, n. 52, 2010. Publicado em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista52/Revista52\\_202.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_202.pdf). Acesso em: 15 ago. 2018 (05 nov. 2019).

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. **Direito Penal: Direito ou Garantia.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. V. 4, 1993.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos / Eugênio Pacelli.** 3. ed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Garantismo e barbárie (a face oculta do garantismo penal).** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant’Anna. **A dupla face do garantismo penal e implicações no direito brasileiro.** 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.





## DO ASSISTENTE, DA AÇÃO CIVIL E DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PROJETO DE LEI Nº 8.045, DE 2010 - SUBSTITUTIVO)

Manoel Veridiano Fukuara Rebello Pinho<sup>131</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa analisar os artigos 94 até 102 do Projeto do Novo Código de Processo Penal (projeto de lei nº 8.045, de 2010 - Substitutivo), especificamente em relação aos temas do assistente, da ação civil e dos auxiliares da justiça. Ao longo do texto comentaremos as mudanças propostas nesses tópicos, fazendo uma breve comparação de como era antes, bem como demonstrar, à luz da doutrina e da jurisprudência, os pontos que representam evolução legislativa necessária e ao mesmo tempo, os que indicam retrocesso.

**Palavras-chave:** Projeto de lei nº 8.045 de 2010 (Substitutivo) - Novo Código de Processo Penal - Assistente - Ação Civil - Auxiliares da Justiça.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Do assistente. 3. Da ação civil. 4. Dos auxiliares da justiça. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A figura do assistente e o trato da ação civil no Código de Processo Penal merecem ser atualizados em razão das transformações que marcam o mundo contemporâneo, em que o debate político sobre a persecução penal se incrementa na população em geral. Ganha assim mais destaque a figura do assistente e da responsabilidade civil “ex delicto” na prática jurídica, e por isso o tema merece ser atualizado.

Em relação aos auxiliares da justiça, os artigos do Código de Processo Penal que trazem seus contornos também merecem ser inovados à luz da realidade social atual.

### 2 DO ASSISTENTE

Os artigos 94 até 97 do projeto de lei em comento tratam do assistente do Ministério Público. Agora, possibilita-se a intervenção do assistente *em todos os termos do processo penal*. Ou seja, após a instauração da ação

---

<sup>131</sup> Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre pela Universitat de Girona. Doutorando pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público.

penal, que se dá com o recebimento da denúncia, permite-se o ingresso do assistente do Ministério Público nos autos. É nesse sentido o pacificado pela jurisprudência nacional<sup>132</sup>.

Entendemos que a aplicação da sanção penal ao final da ação é o principal interesse jurídico do assistente dentro do processo penal<sup>133</sup>, além da formação de um título executivo para ser executado na esfera cível. Assim, se sobressai a pretensão punitiva em relação à pretensão de reparação do dano.

<sup>132</sup> STJ, HC 430317 / ES, 5ª Turma, Relator Ministro Félix Fischer, Dje 14/08/2018: “PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. EXEGESE RESTRITIVA. HIPÓTESE NÃO INCLUÍDA NO ROL DO ART. 271 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DO TITULAR DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - “O assistente de acusação detém legitimidade restrita às hipóteses taxativamente previstas no art. 271 do Código de Processo Penal.” (AgRg no Ag 1378822/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Dje 22/09/2015)

**III - Esta Corte Superior de Justiça adota exegese restritiva quanto à intervenção do assistente de acusação, admitindo sua participação apenas nos atos taxativamente previstos no rol do art. 271 do Código de Processo Penal. Assim, a legitimidade recursal do assistente de acusação depende da inércia do Ministério Público, bem como da natureza da decisão a ser impugnada.**

**IV - In casu, a assistente de acusação interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão que rejeitou parcialmente a denúncia em relação aos pacientes e outro réu, com fundamento na inépcia e ausência de justa causa para a ação penal, mesmo não tendo havido recurso por parte do Ministério Público.**

V - Se o próprio dominus litis da ação penal deixou de recorrer, conformando-se com a decisão que rejeitou a denúncia quanto aos pacientes, mostra-se manifesta a ilegitimidade do assistente de acusação para interpor recurso em sentido estrito, buscando o recebimento da denúncia, pois tal hipótese não está prevista no rol do art. 271 do Código de Processo Penal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para cassar o v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo no recurso em sentido estrito n. 0004963-54.2016.8.08.0014, e, assim, restabelecer a decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal de Colatina/ES, que rejeitou parcialmente a denúncia em relação a ALEXANDRE MAGNO AMARAL FERREIRA e MÁRIO GIURIZATTO.” (Grifo nosso)

<sup>133</sup> Cf. PACELLI, Eugênio, Curso de Processo Penal, 23. ed., São Paulo: Atlas, 2019, página 495: “Ora, ao assim dispor, parece-nos evidente a preocupação legislativa com a participação do ofendido na reprovação estatal à prática do fato delituoso, evidenciando, então, outra ordem de interesse jurídico atribuído àquele que por ele foi vitimado. **Interesse jurídico, sim, na própria aplicação da sanção penal.**” (Grifo nosso)

É muito comum na prática a figura do assistente de acusação em crimes de homicídio, de roubo e de furto, nas mais diversas localidades e realidades do país. A vítima, que se habilita nos autos do processo penal como assistente de acusação, em grande parte das vezes, não tem interesse patrimonial, seja porque o seu verdadeiro interesse jurídico é apenas o da aplicação de sanção penal, seja porque o agente do crime sequer tem, ou terá, condições econômicas de ressarcir o dano causado.

Até mesmo em situações em que há nítido interesse patrimonial, como por exemplo em casos de homicídio culposo no trânsito, os parentes do falecido acabam por ingressar com ação de responsabilidade civil concomitantemente com a ação penal, e muitas vezes torna-se até mesmo desnecessária a formação do título executivo na seara penal, já que as sentenças são proferidas contemporaneamente. Nesses casos, a sentença condenatória na ação de responsabilidade civil costuma ser muito mais gravosa para o causador do dano do que a sentença penal, que imporá uma pena privativa de liberdade branda, e será substituída por restritiva de direitos. Na primeira, por outro lado, haverá a fixação de pensão por longo período de tempo.

O *processo penal* é a própria ação penal instaurada com a denúncia, e também, genericamente, todos os outros remédios, ações desconstitutivas, ou incidentes decorrentes de uma ação penal instaurada, ou já finda, como o “*habeas corpus*”, e a revisão criminal. Nota-se que a legislação em vigor utiliza a expressão *ação penal*, a fim de delimitar o campo de atuação do assistente, e impede, conseqüentemente, o seu exercício nessas hipóteses narradas.

Dessa forma, assistente do Ministério Público exercerá mais plenamente seu papel no processo penal, já que, se tem interesse jurídico na aplicação de sanção penal, que é o mais, terá também interesse em manifestar-se nessas outras hipóteses. Nessa linha, não haverá atraso nem tumulto no processo, até mesmo porque em muitos locais já se utiliza o processo eletrônico, que é muito célere.

A legitimidade ativa para a assistência permanece do ofendido, agora descrito como vítima, a fim de realçar as hipóteses de crimes violentos, letais intencionais, em que comumente se utiliza esse vocábulo para os casos em que o dano sofrido deixa a vítima violentada, ferida, ou até mesmo morta.

Os casos em que há “*vítimas*” geralmente dizem respeito aos crimes de lesão corporal, seguida ou não de morte, homicídio e latrocínio<sup>134</sup>, e são hipóteses em que, comumente, na prática, verificamos a figura do assistente.

Trata-se aqui de modificação semântica que se refere então a uma espécie de *ofendido*, dizendo respeito a alguém que sofreu um dano, de modo violento por outrem. Em verdade, porém, todo ofendido em razão

<sup>134</sup> Cf. HAMILTON, Sérgio Demoro, A figura processual do ofendido, Revista da EMERJ, v. 12, nº 46, 2009, página 69.

de um crime é uma vítima. Destarte, revela-se uma adequação do texto legal à realidade moderna e reforça o papel da vítima no processo penal, seja para maior resguardo dos bens jurídicos tutelados, seja para sua participação como assistente de acusação ou de colaborador, ou até mesmo para permitir sua maior proteção nos casos em que seja necessário.

Importante notar que cabe ao Ministério Público zelar pelos direitos humanos das vítimas dos crimes, da mesma maneira e na mesma medida em que são garantidos os direitos dos acusados, com a finalidade de obter a pacificação social, à luz da legislação nacional e internacional sobre o tema, com aplicação do garantismo integral. Assim, as vítimas não podem ser tratadas apenas como um meio de prova, mas como pessoas humanas e dignas que merecem ser protegidas.

Em boa hora, acrescentou ainda o projeto a hipótese de legitimação para a assistência quando houver incapacidade do ofendido, suprimindo o conceito aberto de *na falta*, explicitando portanto que a disposição não se refere apenas ao caso de morte. Isso já fazia parte do ensinamento pela doutrina pátria<sup>135</sup>.

Por outro lado, não há mais a referência ao artigo 31 atual do Código de Processo Penal, que prevê a legitimidade ativa para a assistência, no caso de morte do ofendido, para o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Confere-se agora a legitimidade aos *herdeiros, conforme o Código Civil*.

Não concordamos com referida alteração, já que vincula o instituto da assistência à ordem da vocação hereditária e resume, equivocadamente, o interesse do assistente à questão patrimonial. Ao fazer essa previsão, confunde-se a legitimidade para a assistência com a ordem de vocação hereditária, que inclusive pode variar conforme o regime de bens do matrimônio.

Referida alteração pode gerar confusão, já que a finalidade da assistência diz respeito ao processo penal, que, por sua vez, não tem por objetivo a solução de conflitos, mas a busca da verdade, após o devido processo legal, para aplicação do direito penal. Nesse contexto, a função do assistente é auxiliar o Ministério Público em sua atribuição de titular da ação penal em defesa de coletividade difusa.

Ademais, a legitimidade do ofendido é concorrente, ou seja, pode haver o irmão e a mãe do falecido figurando conjuntamente como assistentes do Ministério Público, pois ambos tem interesse jurídico e legitimidade para tanto.

Embora não se trate de um julgado doméstico e aborde a questão processual penal de maneira subjacente, podemos citar o caso Damião Ximenes

<sup>135</sup> Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique, *Processo Penal*, 4. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, página 303: “Tem-se entendido que a expressão ‘na falta de’, do art. 268, não indica apenas hipótese de morte, mas também de ausência em razão de fato inexorável, como a impossibilidade de manifestar vontade (por exemplo, uma vítima de tentativa de homicídio que tenha ficado em coma).”

Lopes vs. Brasil,<sup>136</sup> julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse julgado, em que a vítima foi morta em uma instituição psiquiátrica após ser torturada, a mãe e a irmã ingressaram como petionárias perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e após, a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos fixou que diversas determinações em face da República Federativa do Brasil, a maioria delas de cunho não pecuniário, como por exemplo a obrigação de investigar os fatos e punir os responsáveis, publicação da sentença em Diário Oficial e em outro jornal e estabelecimento de programas de capacitação. Esse julgado demonstra a importância dos assistentes para a proteção dos direitos humanos.

Além disso, o projeto manteve a disposição de que o assistente poderá intervir no processo até o trânsito em julgado da sentença, não podendo assim atuar na órbita da execução penal. A exceção aqui estaria na possibilidade de atuação do assistente na revisão criminal, como antes já exposto.

Uma observação importante é que não mais há a previsão do antigo artigo 270 do CPP, que dispunha que *o co-réu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público*. Entendemos, porém, que essa norma proibitiva da participação do corréu como assistente deve permanecer expressa, pois há incompatibilidade de interesses jurídicos entre a posição do acusado e a posição do corréu habilitado como assistente do Ministério Público, havendo conflito<sup>137</sup>.

É muito comum em processos que tramitam no juizado especial criminal, sobre infrações penais de menor potencial ofensivo, em que as duas partes são ao mesmo tempo autoras do fato e vítimas, como por exemplo lesões corporais recíprocas ou vias de fato recíprocas. Nesses casos, há etapas prévias à ação penal, que tramitam em audiência preliminar. Entendemos ser incompatível com as medidas despenalizadoras e com o rito da celeridade e simplicidade, em caso de ação penal, do Juizado Especial Criminal, admitir o corréu como assistente de acusação. Também nesses casos, ele deve, se assim quiser, atribuir a responsabilidade penal ao outro envolvido, no exercício

<sup>136</sup> COSTA RICA, Corte IDH, 4 de julho de 2006, Mérito, Reparaciones e Custas, Ximenes Lopes c. Brasil.

<sup>137</sup> Cf. PACHELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, página 561: “É claro que nem sempre as imputações são as mesmas a todos os acusados. **Todavia, parece evidente que a matéria defensiva de cada um dos réus não pode ser reproduzida na posição de acusação!** Ainda quando circunstancialmente diferentes. Se o réu A defende-se argumentando que a responsabilidade principal - ou única - de um dos fatos seria do réu B, poderá ele exercer todas as faculdades processuais, e sobretudo, probatórias, na posição de acusado, com fundamento no princípio da ampla defesa. Por que então, imaginá-lo como assistente parcial de acusação? Rigorosamente nada justificaria essa situação.” (Grifo nosso)

de sua defesa, especialmente em razão da oralidade que rege o procedimento das infrações de menor potencial ofensivo.

Adicionou-se como poderes do assistente: formular perguntas à vítima e ao acusado, requerer medidas cautelares reais, formular quesitos ao exame pericial, requerer diligências complementares ao final da audiência de instrução, apresentar memoriais. A alteração mostra-se adequada, porque, se há um interesse jurídico da busca da verdade e na aplicação da lei penal, se deve ampliar a sua participação no âmbito da produção probatória, e também das medidas cautelares reais para garantir a reparação à vítima, mas, nesse caso, apenas depois de instaurada a ação penal. É boa a mudança nesse ponto, porque as hipóteses de atuação do assistente de acusação são taxativas, de acordo com jurisprudência firmada<sup>138</sup>.

Especificou-se, sem fazer remissões a outros artigos, em quais hipóteses é cabível o recurso interposto pelo assistente: absolvição, absolvição sumária, impronúncia e extinção da punibilidade. Acrescentou-se, aí, a hipótese de recurso contra sentença absolvição sumária, o que está de acordo com a atualização do trato da questão em razão da reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008.

Compreendemos que continuará cabível a interposição pelo assistente do recurso extraordinário e do recurso especial, por serem desdobramentos

<sup>138</sup> CF. STJ, 5ª Turma, AgRg no RMS 54426 / SC, Relator Ministro Félix Fischer, DJe 05/03/2018: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA INTERPOR RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDE A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INCLUSÃO DE NOVA CONDIÇÃO NA PROPOSTA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

**II - O assistente da acusação não tem legitimidade para interpor recurso em sentido estrito contra decisão que concede a suspensão condicional do processo, tendo em vista que referida hipótese não se encontra no rol taxativo do art. 271 do Código de Processo Penal.**

III - De igual forma, não tem o assistente da acusação direito à inclusão de nova condição na proposta de suspensão condicional do processo apresentada pelo Ministério Público, pois tal atribuição pertence ao titular da ação penal, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, podendo o Magistrado fixar outras condições, conforme previsão expressa no § 2º de referido dispositivo.

IV - Assim, não há violação a direito líquido e certo da agravante na decisão que, após manifestação contrária do Ministério Público, indefere o pedido do assistente de acusação de inclusão de nova condição na proposta, por entender que referida condição seria inadequada e demasiadamente onerosa ao agravado.

Agravo regimental desprovido." (Grifo nosso)

dos recursos antes mencionados. Aliás, é esse o entendimento consolidado pela Súmula nº 210 do Egrégio Supremo Tribunal Federal<sup>139</sup>.

Propõe o projeto de lei, ainda, que o recurso do assistente limitar-se-á ao reconhecimento da autoria e da existência do fato. Mais uma vez aqui, tende-se a limitar a participação do assistente ao interesse jurídico em obter a reparação cível, distanciando-se da principal função do assistente, que é a de auxiliar o Ministério Público na busca da verdade e de uma eventual condenação, em sendo o caso.

Entendemos que tal previsão merece, por isso, ser excluída, devendo o assistente poder recorrer e discutir todo o mérito da ação penal, como questões relativas à dosimetria da pena e quanto à presença ou não de causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade. Além disso, principalmente no Tribunal do Júri, restaria, em verdade, inviabilizada a sua atividade de cooperação com essa disposição proposta, além de estar apartada da realidade prática, ao impedi-lo de sustentar questões essenciais e intrinsecamente ligadas ao mérito da ação penal e que influenciarão sobremaneira o julgamento.

É mantida a irrecorribilidade da decisão, e não mais despacho, que indeferir ou admitir a assistência, porque realmente se trata de uma decisão interlocutória. Continua cabível, porém, a impetração de mandado de segurança, conforme doutrina e jurisprudência nacionais<sup>140</sup>.

Retirou-se ainda a menção de que deve constar nos autos o pedido e a decisão, por ser algo lógico, e para preservar a transparência e publicidade dos atos processuais. Nessa linha, há casos em que se indefere o pedido e se determina o desentranhamento dos autos das manifestações do pretense assistente, e até mesmo a proibição de peticionar nos autos, em casos de peticionamentos sucessivos. Nessa última hipótese, porém, deve continuar possível a determinação do desentranhamento.

---

<sup>139</sup> Súmula 210 - O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Cód. de Proc. Penal.

<sup>140</sup> Cf. PACHELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, página 570: "O que deve ser examinado, então, é a natureza e o conteúdo do ato decisório, sob a perspectiva de ali se encontrar limitações indevidas a direitos subjetivos. Assim, e como, para nós, a assistência constitui direito de ação do ofendido, a rejeição à participação dele no processo penal poderá configurar violação ao devido processo legal.

**Daí, o cabimento da impetração de mandado de segurança - sim, em matéria penal - e com pedido de liminar, a fim de se evitar, com o prolongamento de sua apreciação, a irregular tramitação da ação penal."** (Grifo nosso)

### 3 DA AÇÃO CIVIL

A ação civil “*ex delicto*” passa a ser regulada em um único artigo, qual seja, o art. 98, e seus parágrafos.

Cumpra observar que se retirou a disposição expressa que permitia a execução na esfera cível do valor mínimo fixado para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Ocorre que a previsão se torna realmente desnecessária, pois, se o juiz criminal fixar o valor mínimo indenizatório, naturalmente será formado um título executivo hábil a ser executado na seara cível.

Este capítulo, por tratar do tema dos efeitos civis da sentença penal, impõe que citemos a jurisprudência consolidada do Egrégio Supremo Tribunal Federal no sentido de que vinculam a esfera cível as sentenças que reconhecerem a inexistência material do fato e a negativa de autoria:

“Agravamento regimental em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Decisões do Tribunal de Contas da União. 4. Concessão da segurança. Autonomia das instâncias penal, civil e administrativa, ressalvadas as hipóteses de inexistência material do fato e de negativa de autoria. 5. Sentenças negaram a existência dos fatos. 6. Argumentos insuficientes para infirmar a decisão agravada. 7. Agravamento regimental desprovido.” (STF, Segunda Turma, MS 33214 AgR/DF, DJe 06/08/2019).

Nessa hipótese, do reconhecimento da inexistência material do fato e da negativa de autoria, há inclusive a disposição legal expressa no artigo 935, *caput*<sup>141</sup>, do Código Civil, que a reconhece como exceção à independência das instâncias penal e civil.

Também por força da redação do vigente artigo 65 do Código de Processo Penal<sup>142</sup>, quando for reconhecida na esfera penal causa excludente de ilicitude, como o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, haverá também exceção à regra da independência de instâncias, e o que for decidido na esfera

<sup>141</sup> “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

<sup>142</sup> Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.



penal repercutirá na cível. Não impedem, porém, a indenizabilidade no cível, ainda que reconhecida a licitude da conduta no âmbito criminal, as hipóteses de legítima defesa com *aberratio ictus* e *estado de necessidade de terceiro*, previstas, respectivamente, nos artigos 930, parágrafo único, e 929, ambos do Código Civil<sup>143</sup>.

No projeto de lei aqui analisado, excluíram-se nesse capítulo, as disposições que previam a vinculação da esfera cível ao já decidido na esfera penal.

Porém, tais normas foram transferidas para o artigo 452 e incisos do projeto, não havendo prejuízo, a nosso entender.

Excluiu-se, com acerto a norma que previa a legitimidade do Ministério Público para execução da sentença condenatória ou a ação civil quando a vítima do crime for pobre. Com efeito, trata-se de atribuição que não é compatível com a feição ministerial traçada pela Constituição de 1988, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade progressiva dessa disposição.

Compreendemos que essa missão cabe à Defensoria Pública<sup>144</sup>, a quem compete a defesa dos interesses individuais dos necessitados, ou a advogados dativos nomeados pelo juízo. Ademais, as Defensorias Públicas, atualmente, expandem-se e estruturam-se adequadamente ao longo do território nacional.

#### 4 DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

A disciplina dos auxiliares da justiça é tratada nos artigos 99 até 102 do projeto de lei ora comentado.

Acrescentou-se aqui a definição de quem são os auxiliares da justiça, a abranger não só os serventuários e funcionários da justiça, mas também todos aqueles que atuam para auxiliar o bom andamento dos processos judiciais: o perito, o depositário, o administrador, o intérprete e o tradutor.

<sup>143</sup> Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

<sup>144</sup> Cf. Cf. PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, página 139: “**Trata-se, portanto, de dispositivo não recepcionado pela Constituição da República.**

Curiosamente, o Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer a incompatibilidade da norma com a nova ordem constitucional, resolveu adotar solução pragmaticamente aceitável, no sentido de permitir a atuação do Ministério Público nas ações civis *ex delicto* até que sejam instauradas, no âmbito dos Estados e da União, as Defensorias Públicas. A não recepção do texto se daria, então, de forma *progressiva*.” (Grifo nosso)

Manteve-se a disciplina de que o perito está sujeito à disciplina judiciária, e que as partes não podem intervir na nomeação do perito. Excluiu-se a descrição *ainda quando não oficial* referente ao perito, mesmo porque a redação foca no gênero perito, e abrange tanto o oficial como aquele nomeado pelo juiz<sup>145</sup>.

Foi mantida também a impossibilidade de recusar o encargo, ressaltando-se, porém, a hipótese de escusa justificada, em vez de escusa atendível, o que reforça o papel do perito em geral como colaborador da justiça e o dos oficiais de cumpridores de suas obrigações decorrentes da disciplina judiciária. Excluiu-se porém a pena de multa como sanção para o perito que recuse o encargo, por ter se tornado norma obsoleta<sup>146</sup>.

Dessa maneira, passou-se a prever os atos que gerarão a apuração da responsabilidade civil, penal e disciplinar dos peritos.

Acrescenta-se também que é extensível aos peritos, no que lhes for aplicável, o disposto sobre o impedimento dos juízes. Anteriormente falava-se apenas em suspeição, o que já era superado pela doutrina<sup>147</sup>.

É importante o avanço da legislação nesse ponto, porquanto a atividade dos auxiliares da justiça nas hipóteses análogas aos de impedimentos e de suspeição dos juízes podem, no mínimo, gerar desconfiança social. Dessa maneira, atinge-se conseqüentemente a dignidade e o prestígio da justiça, tanto em comarcas maiores, como principalmente nas menores. Portanto, é adequada a proposição, ainda que tais sujeitos não tenham poder decisório e seus atos possam ser anulados, ou até mesmo podem ser afastados da atuação, se constatada qualquer tentativa de interferência na imparcialidade dos julgamentos, pelos motivos expostos.

<sup>145</sup> Cf. PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, página 571: “**Estão sujeitos à disciplina judiciária não só o perito, seja ele pertencente aos quadros da Administração Pública - Polícia Judiciária (perito oficial) -, seja aquele nomeado pelo juiz (art. 159, parágrafo 1º, CPP)** para a realização de prova pericial, na ausência do primeiro (oficial), mas também todas as pessoas que, designadas pelo juízo, devam prestar serviço junto ao foro judiciário.” (Grifo nosso)

<sup>146</sup> Cf. Cf. PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, página 572: “**Em primeiro lugar, assinala-se a perda de eficácia da regra impositiva de multa ao perito que descumpra as obrigações descritas no presente dispositivo.** Nem a mais sofisticada originalidade brasileira poderia transformar em moeda corrente os antigos *réis*. Configura-se, então, caso de perda da eficácia da norma, pela perda de objeto de sua sanção. Mais um produto de exportação nacional...” (Grifo nosso)

<sup>147</sup> Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique, Processo Penal, 4. ed. rev. atual. e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, página 287: “Embora não haja previsão específica, também devem ser aplicáveis, no que forem cabíveis, aos peritos, intérpretes e serventuários, as hipóteses de impedimentos dos juízes. Seria ilógica interpretação diversa. **O perito não poderia atuar em um processo em que o acusado fosse seu amigo íntimo (CPP, art. 254, I), mas poderia elaborar o laudo em um processo em que o acusado fosse seu irmão (CPP, art. 252, IV).**” (Grifo nosso)

Concluimos, assim, que, no tópico dos auxiliares da justiça, as propostas trazidas representam evolução necessária da legislação processual penal.

## 5 CONCLUSÃO

Considerando as alterações nos termos propostos no presente artigo, especialmente no que toca ao Ministério Público, as inovações quanto à figura do assistente ampliam a proteção penal das vítimas no curso do processo penal, especialmente em crimes letais intencionais, e ao mesmo tempo preserva-se a autonomia ministerial.

Em relação à disciplina da ação civil *ex delicto*, do modo como expusemos, a atualização da legislação vai ao encontro das funções constitucionais do Ministério Público delineadas pela Constituição Federal de 1988, principalmente em seus artigos 127 e 129, já que há a Defensoria Pública para a defesa dos interesses individuais disponíveis de ordem patrimonial.

Quanto ao tema dos auxiliares da justiça, por sua vez, toda a evolução legislativa proposta pelo projeto de lei em comento é positiva e contribui para o aperfeiçoamento e conveniente atualização legal.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique, **Processo Penal**, 4. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. STJ, HC 430317-ES, 5ª Turma, Relator Ministro Félix Fischer, DJe 14/08/2018.

BRASIL. STJ, 5ª Turma, AgRg no RMS 54426 / SC, Relator Ministro Félix Fischer, DJe 05/03/2018.

COSTA RICA, Corte IDH, 4 de julho de 2006, **Mérito, Reparações e Custas**, Ximenes Lopes c. Brasil.

HAMILTON, Sérgio Demoro, **A figura processual do ofendido**, Revista da EMERJ, v. 12, nº 46, 2009.

PACELLI, Eugênio, **Curso de Processo Penal**, 23. ed., São Paulo: Atlas, 2019.

PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 201.

## DA RECOMPOSIÇÃO SOCIAL: DOS DIREITOS DA VÍTIMA E DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PENAL

Luiz Eduardo Sant'Anna Pinheiro<sup>148</sup>

**Resumo:** é tarefa do Poder Judiciário o permanente aprimoramento de suas formas de resposta às demandas sociais relacionadas às questões de conflitos e violência, o que terá por fim a promoção da paz social. Para tanto, é necessário o aprimoramento das leis nacionais para que o processo penal atenda os anseios de todos os envolvidos, a ponto de ter o condão de suprir a lacuna existente referente ao sistema protetivo das vítimas, fator que gera o descrédito estatal, sensação de insegurança e impunidade perante toda a comunidade. Tendo por base essa constatação, torna-se imperioso aos poderes constituídos adotar medidas tendentes a efetivar um processo penal equilibrado, a ser aplicado não apenas sob o enfoque da defesa das garantias individuais do indivíduo que seja alvo da persecução penal, mas igualmente, aos vitimados pela prática de ilícitos praticados por esses autores. Afinal, é o sujeito passivo do crime que suporta os prejuízos das lesões aos seus bens jurídicos que o infrator da norma deu causa, sendo certo que tais danos, muitas vezes são irreparáveis. Portanto, a busca pela eficiência do processo penal depende de inovações legislativas aptas a regulamentar o direito de todos os envolvidos, haja vista que é inescapável o dever estatal de proteção eficiente de toda sociedade, garantindo a todos o direito à segurança.

**Palavras-chave:** direitos da vítima – lacuna legislativa – reforma processual penal - justiça restaurativa – princípio da vedação a proteção deficiente.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Introdução da vítima no processo penal. 3. Lacuna legislativa do direito das vítimas no processo penal brasileiro. 4. PL 8045/2010: Novo Código de Processo Penal. 5. Conclusão. 6. Referências.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É regra de direito que o Estado, na condição de detentor do monopólio da força, veda ao particular o exercício da autodefesa. Em decorrência disso, o Poder Público se apropria do crime e assume o encargo de cumprir a defesa

---

<sup>148</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Membro do GAECO-Dourados. Máster em Direito Processual Penal e Garantismo pela Universidade de Girona/ES. Professor de cursos de Pós-Graduação e de cursos preparatórios para concurso. Autor de obras jurídicas.

social, protegendo os membros da sociedade contra as ameaças e violações advindas tanto do próprio ente estatal como de outros particulares.

Disso insurge o dever de proteção como uma das formas de contraprestação estatal em favor do cidadão pagador de impostos, devendo salvaguardar a sua segurança. Essa obrigação governamental possui abrangência não apenas no processo de interpretação dos casos pelos juízes (plano concreto), como também quando da elaboração das leis pelos parlamentares (seara abstrata).

Por este panorama, torna-se cabível a assertiva que quando da prática do crime, necessariamente advém dois direitos. O primeiro, é no plano público, no qual o titular é o Estado, que tem a incumbência de atuar diante da prática da conduta tipificada como crime, gerando o direito de punir. O segundo, cinge-se a esfera do particular, tido como infrator da norma, o qual, uma vez descoberto, será alvo da ação estatal, passando a ter o direito de se afastar de toda e qualquer pretensão estatal, para permanecer livre ou esquivar-se dos gravames da imputação que lhe é dirigida.

Esses direitos contrapostos – *acusar e defender* - devem ser solvidos no âmbito de um processo penal, na conformidade dos ditames dispostos na legislação processual. Assim sendo, o reconhecimento da culpa do infrator da norma somente poderá ser declarada após um longo procedimento e a estrita observância do devido processo legal, sob pena de ser tido como ilegal/ilegítimo.

A coletividade como um todo, especialmente as partes envolvidas na lide penal, esperam uma devolutiva célere e eficaz pelo ente estatal. Não por outra razão que o aparato judiciário exige um investimento cada vez maior por parte do Poder Público. Nessa complexa gama de interesses daqueles que involuntariamente foram envolvidos no processo, um deles não é tratado na forma devida pelo legislador, que são os da vítima de crimes e, direta ou indiretamente, suportados pela sociedade como um todo.

Tradicionalmente, o protagonista do processo penal é a pessoa do investigado/acusado, alvo da ação estatal, sendo este sujeito o alvo da principal preocupação do legislador, uma vez que há o zelo pela preservação de seus direitos. Não obstante, mesmo reconhecendo a importância do contexto histórico e social decorrente da evolução dos direitos do acusado, iniciado a partir do movimento iluminista no século XVIII, reconhecendo que devem ser resguardados frente a intervenção estatal, é inegável a necessidade de interpretar seus dogmas em estrita conformidade com a realidade contemporânea.

Urge enfatizar que, no século das luzes, a primordial proteção defendida naquela época referiu-se essencialmente à proteção da liberdade individual do acusado<sup>149</sup>, enquanto que, hodiernamente, impõe-se o dever

<sup>149</sup> Conforme discorreu FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI e VANESSA MILENE DE SANA no artigo Proteção

de proteção estatal frente aos titulares daqueles direitos que eventualmente forem violados.

Os tempos mudaram e os direitos evoluíram, de modo a impor ao ente estatal a necessidade de adotar medidas tendentes a proteger os direitos de ambas as partes envolvidas no processo penal.

## 2 INTRODUÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Em edificação a essa tendência inovadora, em 1985, precisamente em 29 de novembro, a Organização das Nações Unidas (ONU) introduziu oficialmente a vítima no processo penal, conferindo-lhe o papel de sujeito de direitos, formalizando um documento oficial e universal, no qual se proclamou os “Princípios básicos da Justiça relativos às vítimas da criminalidade e abuso de poder”.

Descreve-as como sendo<sup>150</sup>:

### A. Vítimas da criminalidade

1. Entendem-se por “vítimas” as pessoas que, individual ou colectivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de actos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

2. Uma pessoa pode ser considerada como “vítima”, no quadro da presente Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e quaisquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo “vítima” inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima directa e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.

---

da vedação de proteção deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. *“De modo tradicional, os princípios jurídico-penais delineados pela Filosofia da ilustração dão conta de formar um cinturão de garantias em torno do indivíduo-réu contra o poder punitivo estatal. De fato, não há um direito de punir (ju puniendi), mas um poder punitivo – potestas puniendi, que se ergue- daí sim – contra um direito: o da liberdade”.* (Ministério Público e princípio da proteção deficiente, p. 173)

<sup>150</sup> <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm> , acesso em: 24 set. 2019.

3. As disposições da presente secção aplicam-se a todos, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, idade, língua, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou outras, crenças ou práticas culturais, situação econômica, nascimento ou situação familiar, origem étnica ou social ou capacidade física.

Mais ainda. O documento mundial recomenda às nações signatárias a execução dos direitos humanos, firmando regramentos ligados ao acesso à justiça e tratamento equitativo das pessoas catalogadas como vítimas da criminalidade. Vejamos:

4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciais e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional.

5. Há que criar e, se necessário, reforçar mecanismos judiciais e administrativos que permitam às vítimas a obtenção de reparação através de procedimentos, oficiais ou oficiosos, que sejam rápidos, equitativos, de baixo custo e acessíveis. As vítimas devem ser informadas dos direitos que lhes são reconhecidos para procurar a obtenção de reparação por estes meios.

6. A capacidade do aparelho judicial e administrativo para responder às necessidades das vítimas deve ser melhorada:

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.

c) Prestando às vítimas a assistência adequada ao longo de todo o processo. d) Tomando medidas para minimizar, tanto quanto possível, as dificuldades encontradas pelas vítimas, proteger a sua vida privada e garantir a sua segurança, bem como a da sua família e a das suas testemunhas, preservando-as de manobras de intimidação e de represálias.



e) Evitando demoras desnecessárias na resolução das causas e na execução das decisões ou sentenças que concedam indenização às vítimas.

7. Os meios extrajudiciários de solução de diferendos, incluindo a mediação, a arbitragem e as práticas de direito consuetudinário ou as práticas autóctones de justiça, devem ser utilizados, quando se revelem adequados, para facilitar a conciliação e obter a reparação em favor das vítimas.

Como se deduz, desde então, os vitimados não deverão ser analisados apenas no aspecto de sua integridade física, mas também nas compleições morais e psicológicas.

Inobstante a essa exortação de mais de três décadas até os dias atuais, o legislador constituinte pouco fez menção aos direitos do agredido no processo penal. Na Constituição Federal, existem apenas dois artigos que sugerem algum tipo de direito exigível por parte da vítima, quais sejam:

- Artigo 5º, inciso XLV: *“nenhuma pessoa passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio”*. (Grifo do autor)

- Artigo 245: *“a lei disporá sobre as hipóteses em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”*. (Grifo do autor)

Embora existam essas previsões, certo é que ambas as menções tratam de norma de eficácia limitada, pois dependem de lei específica para que sejam regulamentados tais direitos. Em sede de legislação ordinária, há artigos esparsos que firmam alguns dos direitos inerentes aos ultrajados, ficando as interpretações, muitas vezes, a cargo dos operadores do processo penal.

Convém registrar ainda que, a despeito de existir uma vasta literatura referente aos direitos e garantias do acusado no processo penal, há poucos escritos nacionais que abordam a temática de defesa do lesionado. Entrementes, não há como deixar de reconhecer que, notadamente em sede de direito comparado, esse rol de direitos dos vitimados tem sido pauta de debates políticos e jurídicos, os quais, em sua maioria, já não mais consideram objeto de prova, mas sim sujeito de direitos.

Lado outro, não há como deixar de reconhecer que, de alguns anos para cá, houve um movimento protetivo em favor da vítima de ilícitos, consubstanciado pela inserção de dispositivos legais, bem como por manifestações exaradas por julgadores. Malgrado essa marcha evolutiva de direitos, continua manifesta a disparidade protetiva entre as partes que compõe o polo jurídico processual.

Dentre os avulsos artigos que verbalizam a preocupação do legislador no que toca a esfera protetiva da vítima, remodelando seu papel no processo, deve ser sublinhado o art. 387, inc. IV, instituído através da reforma do Código de Processo Penal de 2008. Em seu teor, o juízo sentenciante está autorizado a fixar valor mínimo da indenização dos danos decorrentes da infração penal.

Desde então, o lesado passou a ter seus interesses (patrimoniais e extrapatrimoniais) tutelados, ainda que de modo parcial e acessório. Essa tendência de 'reposicionamento' da vítima se reflete na preocupação do sistema penal também com a responsabilidade civil. Uma vez reconhecido legalmente o direito, passa a ser tarefa da doutrina e da jurisprudência delinear seus vetores de balizamento dos danos.

Lado outro, destaque-se que, embora seja tímida e avance a passos lentos, o sistema de proteção se torna mais evidente em uma categoria de infrações, quais sejam: os que envolvem violência doméstica e familiar, a teor da Lei 11.340/06, na esteira do que tem decidido o Superior Tribunal de Justiça. *In verbis*:

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça - sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (art. 226, § 8º) - tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei nº 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600.

2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos

que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

**3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal.**

**4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano - o material e o moral -, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.**

**5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.**

6. No âmbito da reparação dos danos morais - visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal - possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada.

7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa.

8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos.

9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.

10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica.

TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

(REsp 1675874/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018).  
(*Grifo não constante no original*).

Noutra perspectiva, não é demais lembrar que o sistema de proteção de direitos relativo ao investigado/acusado foi formatado há décadas, em um ambiente no qual se exigia a elaboração de legislação de emergência, oriunda de um Estado que buscava reprimir atos terroristas. Foram anos caracterizados por resquícios do regime fascista e, em sede nacional, de caráter ditatorial, que perdurou entre os anos 60 até meados dos anos 80.

Nesse interstício temporal, especialmente após o advento da Carta Magna em 1988, floresceu uma nova dogmática legislativa, notabilizada como principal enfoque limitar os abusos punitivos de governos absolutistas, impondo limites às manifestações penais de regimes governamentais. Todavia, no atual momento histórico, houve significativa mudança de ambiente, no qual se incorporaram aos textos constitucionais novos direitos e deveres dos poderes públicos e, conseqüentemente, impôs-se a necessidade de redimensionar o papel do sujeito passivo do crime, em sentido lato, atingindo-lhe o âmbito de proteção.

Para atingir o desiderato protetivo, impondo a paz social, a atuação estatal deve ser eficaz desde o processo de formação das leis até o efetivo cumprimento da pena eventualmente imposta. Não por outra razão que escritores assinalam que:

A Constituição Federal demanda a necessidade de adequação da legislação processual penal aos princípios

constitucionais, não de forma isolada, mas promovendo uma perfeita coordenação entre as enunciações e exigências eventualmente contrapostas, de modo a proporcionar a harmonização entre todos. Em outras palavras, o grande desafio é exatamente estabelecer na relação entre a tutela das garantias individuais e as salvaguardas exigências de defesa social, quais os limites em que estas exigências podem ser efetivamente protegidas, mesmo que diretamente através do instrumento do processo penal.<sup>151</sup>

Focado na resenha histórica do processo penal brasileiro, é manifesta sua omissão no dever de proteção à vítima como protagonista do ato criminoso. Em seu primado papel de ramo do direito público, o Direito Penal torna-se a ordem protetora das coisas, de onde se extrai a missão estatal de amparo.

Conforme ensinamento de Karl Binding<sup>152</sup>, o “bem se torna jurídico quando é tutelado pela norma”. Dessas lições, tem-se que, antes de o crime ofender um bem, atinge a norma que tutela o bem, denotando-se a proposição de que o bem não seria jurídico e, portanto, tutelado, se não fosse a norma. De tudo se compreende que um crime ofende não bens, mas as normas reguladoras e, para tanto, imprescindível a regulação específica na legislação.

### **3 LACUNA LEGISLATIVA DO DIREITO DAS VÍTIMAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Malgrado a importância de se estabelecer um efetivo sistema de proteção aos direitos do lesionado, atendendo as diretrizes internacionais e os parâmetros constitucionais, a legislação brasileira possui poucos dispositivos que versam sobre a temática.

Cumprindo expressar, que, mesmo considerando a lacuna legislativa no que tange as vítimas de crimes, é fundamental enfatizar que, em momento algum, a doutrina defendeu interpretações que lhe desfavoreçam, a ponto de acarretar o engessamento interpretativo dos juízes em prol de uma legalidade petrificada, que reconhece direitos apenas em prol dos acusados.

Em realidade, tanto o legislador quanto o magistrado, em seu papel de aplicadores da lei, possuem uma margem de interpretação relativa. Em seus papéis, devem estar sempre focados na proteção dos direitos fundamentais definidos na Constituição Federal, notadamente no aspecto de defesa social, que deve ser entendido como valor a ser tutelado, cuja titularidade é atribuída à coletividade, que se vê intranquilizada pelos ilícitos penais.

<sup>151</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão Cautelar*. Ed. Malheiros, 2005, p. 120.

<sup>152</sup> GONZALOD., Fernández. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, p. 19.

Daí emerge que, a partir da prática da ação criminosa, consistente em uma ação contrária ao direito do outro, surge o dever do Direito Penal de punir seu responsável, bem como de restaurar o direito violado, materializado pelos direitos subjetivos das pessoas ofendidas pelos comportamentos perniciosos de outrem. No atual quadrante processual, é desafio dos operadores buscar a justa correlação entre o exercício do poder punitivo estatal e a defesa do bem da vida do ofendido.

O estabelecimento do equilíbrio dessas relações tem uma justificativa muito singela, qual seja: se de um lado, o Direito Penal recai sobre os mais graves comportamentos humanos, tem-se que, de outro, esses mesmos comportamentos são suportados diretamente pelos maltratados por essas agressões, cujo dever de proteção deve ser observado.

Desse modo, sem se descurar da máxima de que o processo é o lugar em que se operam os mecanismos legais previstos para a tutela de direitos individuais, é salutar que o resultado derradeiro seja idôneo a satisfazer a defesa de toda a sociedade, tanto de forma individual quanto no aspecto coletivo.

É, portanto, tarefa do legislador tutelar as liberdades individuais dos autores do crime, tanto quanto satisfazer as pretensões do ofendido e da sociedade lesionada, direcionamento esse, que vem ao encontro da eficiência da função jurisdicional.

Para o correto funcionamento de todo ordenamento jurídico, seja na esfera pública ou na privada, é fundamental fixar a obrigação do Estado na adoção de providências capazes de resguardar o dano dos atingidos, frente aos ataques de terceiros, tido como transgressores da norma penal.

E esse processo de satisfação do Direito Penal dar-se-á tanto com a aplicação da pena, cujos reflexos são voltados à pessoa do delinquente, quanto à satisfação das necessidades do ofendido, restabelecendo a paz social e a integridade individual e coletiva abalada. É salutar que para ambas as situações tenham marcos regulatórios muito bem delineados no ordenamento jurídico, de maneira a trazer a credulidade do sistema penal a população como um todo, fortalecendo-o.

Noutra visão, impende assinalar que, quando se defende o lado da vítima, deve-se igualmente observar a necessidade de proteção de bens jurídicos, os quais devem ser duplamente considerados, ou seja, no aspecto individual e no coletivo. Sem essa dupla feição, qualquer medida adotada pelos poderes constituídos, estará incompleta.

Prosseguindo, no caso do tratamento legal de crimes no sistema normativo brasileiro, é clarividente o silêncio das nossas leis em relação a um dos polos processuais, no caso, dos lesados. Isso vem favorecer o sentimento de desproteção das vítimas, reforçando a tônica de que se privilegia os

processados em desamparo àqueles que padeceram diante de suas atrocidades. Não é de hoje que a doutrina expõe essa preocupação, ao abordar que:

Com efeito, a vítima se encontra a uma situação de esquecimento, desamparo e desalento. Visto pelo sistema social como perdedor do conflito, o vitimado ainda é forçado a suportar suas consequências físicas, econômicas e sociais, especialmente a falta de solidariedade da comunidade, a indiferença do poder público e a insensibilidade do sistema jurídico. Ademais, há uma curiosa e paradoxal convergência de afetos no seio do imaginário popular: de um lado, a intransigência destinada ao agressor; de outro, a resignação fatalista referente à vitimização considerada 'normal' e 'inevitável', faz da vítima alvo de piedade<sup>153</sup>.

Aliás, essa constatação foi assinalada pela Comissão Especial do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais de Justiça, através do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), ao assentar que:

A tutela da vítima por meio dos mecanismos da vitimologia se opõe à estrutura tradicional do sistema penal que se resigna à punição do delinquente, deixando de fora das preocupações do Estado aquela personagem que sofreu a ofensa e que deveria receber maior atenção dos órgãos estatais. Nesse modelo de processo penal arcaico, afasta-se a vítima de forma quase absoluta da fase de investigação, da produção da prova e da formação da culpa, apesar de ter legítimo interesse na definição da responsabilidade, na aplicação da pena e na reparação do dano recorrente do crime. Durante séculos prevaleceu entre as escolas criminológicas o estudo centrado no delito, no delinquente e na pena, fossem elas a Clássica de Beccaria e Fierbich, tanto como a Positiva de Lombroso, Ferri e Garófalo. A vítima sempre foi a grande esquecida no drama criminal.

Discorrem-se, ainda, considerações acerca da análise da ciência da criminologia, que conceitua a vitimização em três dimensões, a saber:

---

<sup>153</sup> LUANNA Tomas de Souza, LORENA Santiago Fabeni. Dinâmicas de Atuação do Sistema de Justiça Criminal: Da ficção e realidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 118, 120-121.

A *vitimização primária* faz com que a pessoa ofendida sofra direta ou indiretamente os efeitos nocivos (materiais ou psíquicos) do delito enquanto fato traumático.

A *vitimização secundária ou processual* reside nos custos pessoais derivados do sistema de persecução penal composto pelas instâncias de controle formal (polícia, ministério público, juízes e tribunais), cuja intervenção aumenta, paradoxalmente, o desconforto e o sofrimento da vítima (exemplos: o excessivo formalismo jurídico, a cripto-linguagem processual, impacto traumatizante dos interrogatórios policiais; a dor em reviver o acontecimento durante a instrução judicial; a exploração médico-forense; o reencontro com o autor da ofensa; o sentimento de humilhação quando a defesa do imputado atribui à vítima o desencadeamento da conduta do autor, especialmente nos crimes sexuais, etc.).

Finalmente, a *vitimização terciária*, que abarca tanto os custos derivados ao contato do ofendido com as instâncias informais de controle social (família, igreja, ambiente de trabalho, escolar, associações comunitárias, etc.), quanto os resultantes da falta de amparo por parte das instituições públicas e a comoção social que abala o sentimento de segurança da sociedade (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2008, p. 82-83).

Tradicionalmente, as questões atinentes à defesa dos bens jurídicos do acometido são matérias discutidas em outras áreas do Direito, haja vista que os processos criminais buscam, precipuamente, a responsabilidade criminal do infrator da norma e nada mais. Por essa normatividade simplista de concepção resolutiva da lide criminal, a vítima, antes protagonista da tragédia em que foi involuntariamente envolvida, vê-se desestimulada a lutar pelos seus outros direitos, que sequer sabe que os possui.

E não é só isso. A legislação apresenta discrepâncias difíceis de explicar de forma racional para o cidadão. Estamos falando dos crimes, nos quais o sujeito passivo é o ente coletivo, ou seja, a vitimização difusa.

De forma geral, nos delitos que têm como autores principais pessoas de alto poderio econômico ou de classe política e social, o Estado costuma tratar com mais leniência em comparação às ações corriqueiramente perpetradas pelo grupo de miseráveis, pois estes são regidos com maior rigor.

A título de exemplo, reporta-se ao tratamento jurídico dado aos delitos tributários, que tem como sujeito passivo a coletividade. Em tal hipótese,



há uma patente distorção prevista na Lei n. 8.137/90, a qual dispõe que, na hipótese de o imputado saldar dívida fiscal (ou ainda que parcele, em acordo com o Estado, visando ao seu futuro pagamento), a ação terá seu curso penal suspenso até o pagamento da dívida.

Em sentido reverso, impassível de solução consensual, temos o delito de furto (Código Penal), de natureza essencialmente individual, no qual há a subtração de coisa alheia móvel. Nesse caso, ainda que o autor devolva espontaneamente o bem furtado, não terá o mesmo beneplácito.

Sobre a questão de tratamento desigual, a doutrina avalia que:

a relação da economia com a política e as influências que ela sofre, criminalizando e descriminalizando primariamente, acaba por proteger os delinquentes de colarinho branco e representando uma das principais responsáveis pela escassa presença desses delinquentes nas estatísticas da criminalidade. Essa mesma ‘democracia de fachada’ e programática, além de ter um aparente significado de tutela de direitos e garantias fundamentais, também tem que conviver com novas demandas e objetivos em evidente paradoxo<sup>154</sup>.

Outra situação em que se clarifica essa discrepância de tratamento é o cerne da lei dos crimes hediondos e equiparados<sup>155</sup> na Lei n. 8.072/90.

Em regra, os delitos nela previstos são perpetrados pelas classes mais baixas (latrocínio; extorsão qualificada por morte; extorsão mediante sequestro; tráfico ilícito de entorpecentes, homicídio qualificado, e outros). Inexplicavelmente, ficaram fora desse rol os crimes relacionados à prática de corrupção, destacando-se o de desvio de verbas públicas ou semelhantes, cujo bem jurídico lesionado extrapola o prejudicado em sua acepção individual, pois a abrangência de seus danos tem natureza difusa.

Do rápido exame desse rol delinquencial, tido como hediondo, a única figura típica que poderia fugir do rótulo de “crimes praticados por pobres” refere-se à “falsificação de produto destinado a fins terapêuticos”, que encontra previsão no art. 273 do Código Penal. O conjunto de leis em vigor no Brasil que objetiva o combate ao crime organizado no país limita-se à repressão

<sup>154</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal. 1. ed., Juruá Editora, 2011, p. 68.

<sup>155</sup> **he-di-on-do 1.** Que causa repulsa ou é considerado muito feio. = ASQUEROSO, ESQUÁLIDO, HORRÍVEL, REPUGNANTE, SÓRDIDO.2. Que se rejeita claramente do ponto de vista moral (ex.: *crime hediondo*). = ABJECTO, DEPRAVADO, HORRÍVEL, IGNÓBIL, REPUGNANTE, SÓRDIDO, <https://www.priberam.pt/dlpo/hediondo> [consultado em 04-01-2020].

ao narcotráfico, venda ilegal de armas, ao jogo de azar, à prostituição, violência urbana e às ações tomadas por facções criminosas instaladas nos presídios.

No que tange às relações ocultas, notadamente de grupos políticos que atuam no parlamento e Poder Executivo, o sistema estatal é omissivo quanto à previsão de medidas específicas de investigação. E quando há alguma espécie de repressão, é condescendente quanto ao estabelecimento das respectivas penas, com inegável prejuízo à coletividade lesada, que sequer tem condições de dimensionar o quanto seu patrimônio individual foi atingido.

Também por conta desta constatação, reforça-se a crença popular de que os mecanismos de repressão aos delitos financeiros, tributários e contra a Administração Pública, de dano coletivo, são formatados para a inoperância. Isso quer dizer que, são notoriamente incompatíveis com as necessidades de um país desigual e mundialmente reconhecido com altos índices de corrupção, como é o caso do Brasil, o qual é estimulado pelas pífias sanções previstas na lei.

Ao que se percebe, inexistente um aparato legislativo institucionalizado voltado ao combate às ações de organizações criminosas infiltradas na Administração Pública, que se dedicam ao desvio e à apropriação de verba pública em detrimento da população<sup>156</sup>.

Destarte, com essas previsões gerais e abstratas, é inequívoco asseverar que o alcance do sistema repressivo atinge praticamente o grupo de pessoas reconhecidamente pobres. Quanto ao outro grupo social, especialmente aos que praticam ilícitos como desvio de verbas públicas, crimes eleitorais contra a Administração Pública, financeiros ou tributários, ou seja, de danos com difícil mensuração, o tratamento é mais benevolente.

Observa-se, então, que, atinente a essa prática de lesão a interesses difusos e coletivos, a lei permanece silente. Por essa conjuntura, provém o clamor popular, a fim de que os Poderes Legislativo e Judiciário alinhem o conteúdo normativo da lei penal e promova a efetiva proteção aos bens jurídicos tutelados no seu sentido mais amplo, para então, contribuir para a diminuição das mais diversas formas de violação de direitos fundamentais.

Afinal, como quantificar os direitos fundamentais que foram violados, por exemplo, no caso dos milhões de reais diariamente sonogados pelo desvio de dinheiro público? A apatia legislativa fomenta a prática de crimes dessa

<sup>156</sup> Nesse sentido, o Promotor de Justiça Marcelo Cunha de Araújo afirma que *“o problema do Brasil é relativo à falta de estrutura social disponibilizada aos menos favorecidos, sem se problematizar o fato de que, a cada 1000 reais tributados, apenas 100 chegam aos cofres públicos e, desses 100 reais, quando retirados do caixa governamental, apenas 1 real atinge efetivamente seus destinatários? Como se permitir que corruptos de colarinho branco, muitas vezes funcionários públicos, escudem-se em direitos fundamentais para que não tenham a prestar contas à sociedade?”*. *“Só é preso quem quer – Bastidores do Sistema de Punição Seletiva”*, p. 115.

natureza. O Poder Legislativo, de modo abrangente, olvida-se (*dolosa ou culposamente?*) de que a prática de crimes relacionada a atos de corrupção, também se exprime como violação de direitos humanos.

Sem embargo ao dever de proteção estatal aos nacionais, essas distorções existentes revelam a falha dos poderes públicos na missão de legislar e administrar a justiça penal de forma eficaz.

E a conclusão é lógica, uma vez que, na falta de “proteção integral”, com carência de tratamento igualitário da clientela do penal, sua operosidade resta prejudicada. Até mesmo porque, o que tem se observado historicamente é que nosso sistema legislativo, inegavelmente, vem comprometer a qualidade e confiabilidade das instituições que atuam no combate ao crime e em defesa das vítimas e da sociedade, favorecendo a impunidade.

Feita a abordagem real e verdadeira, é irrefutável a constatação de que, no Brasil, inexistente um enfrentamento eficaz do sistema em desfavor do grupo privilegiado de pessoas. Senão bastasse tudo isso, o sistema carece de medidas de proteção às pessoas que padeceram por transgressões a seus direitos fundamentais, incorrendo no desequilíbrio da balança.

#### **4 PL 8045/2010: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Atualmente, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 8045/10, que visa instituir um Novo Código de Processo Penal. Para tanto, foi formada uma comissão de parlamentares, que tem a incumbência de reunir juristas, sociedade civil, fomentar debates e redigir pareceres, tudo com o propósito de apresentar a melhor propositiva para a formação de leis relacionadas ao processo penal, que ao final, será levada a votação junto ao Congresso Nacional.

Dentre os temas a serem debatidos pela comissão estão os direitos da vítima, abrangendo também a justiça restaurativa, tendo a comissão especial a tarefa de definir a constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e mérito destes tópicos.

De fato, trata-se de uma das maiores inovações trazidas pelo Projeto de Lei em destaque, que terá por desiderato atender a ditames internacionais e preencher o vácuo legislativo existente, uma vez que passará a considerar a vítima como um verdadeiro ator processual, com capacidade de postulação e, expressamente, titular de direitos que lhe são assegurados.

A propósito, esta é a propositiva constante na exposição de motivos do Projeto de Lei, quando a Comissão de Juristas assinalou que:

E, a partir daí, a posição da vítima no processo penal modifica-se inteiramente. Convergem para ela inúmeras

atenções, não só no plano de uma simbologia necessária à criação e ao fomento de uma cultura de respeito à sua contingente condição pelos órgãos públicos, mas no interior do próprio processo (...) <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>.

Portanto, o que se busca com a incorporação do novo regramento legislativo é a incorporação da vítima no processo penal, que deve ter como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, acarretando assim, em uma maior humanização do processo penal. Por consequência, o vitimado estará por receber do sistema de justiça penal a sua maior valorização, assumindo o papel de protagonista do sistema penal.

Embora não esteja na proposta inicial do PL 8045/2010, restou assinalado no relatório da comissão especial a pretensão de fazer a inserção de artigos legais que preveem a prática restaurativa nas lides penais.

A Justiça Restaurativa trata-se, em resumo, de:

um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa a conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual, os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado, cf. <https://www.cnj.jus.br/justica-restaurativa/>.

Caso aprovada e sancionada, essa prática representará um significativo avanço em termos legislativos. Uma vez vigente no ordenamento, se tornará explícita a máxima de a tutela jurisdicional não se limitará apenas a apuração de responsabilidade do processado, mas igualmente, terá como enfoque a busca pelas pretensões reparatórias da vítima. A satisfação dos interesses do sujeito passivo, passará a ser consolidada como um dos objetivos do processo, o qual passará a ser o espaço adequado e apropriado a debater tal espécie de pleito reparatório.

Parte-se da máxima que o direito ao acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, não se resume a deflagração de processo específico. Da mesma forma, é preocupação do estado brasileiro a busca de soluções efetivas de conflitos existentes entre as partes, que deve se dar através de uma ordem jurídica justa, que também abrange o uso de meios consensuais, voluntários e adequados a obter a pacificação da disputa entre as partes envolvidas.

Importante destacar que, a despeito da ausência de lei específica, a matéria encontra-se regulamentada no âmbito do Poder Judiciário, através

da Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 225/2016, que teve por objetivo a consolidação da identidade e da qualidade da Justiça Restaurativa, a fim de que não fosse desvirtuada ou banalizada.

No que toca a prática restaurativa, especificamente no capítulo que versa sobre os direitos da vítima no processo penal, a comissão parlamentar apresentou os seguintes adendos no PL 8.045/2010:

- a) Inserir um inciso no art. 25, para incluir, nas incumbências do delegado de polícia, “sugerir, no Termo Circunstanciado 12 ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento do conflito à prática de justiça restaurativa”;
- b) Incluir um dispositivo, no art. 38, para prever que “o órgão do Ministério Público também poderá requerer o arquivamento em caso de acordo restaurativo entre as pessoas atingidas pelo conflito que afaste a necessidade de intervenção penal”;
- c) Exclusão da menção a “grave ameaça” do caput do art. 46 e alteração da redação do seu § 2º para a seguinte: “Nos crimes de que trata o caput deste artigo, ainda que já proposta a ação, o acordo restaurativo entre as pessoas atingidas pelo conflito implicará a extinção da punibilidade”;
- d) Alteração da redação do art. 49, para dispor que, em hipóteses previstas em lei, o Ministério Público poderá desistir da ação penal;
- e) Inserir dispositivo que preveja a suspensão do processo nas hipóteses em que as pessoas atingidas pelo conflito, voluntariamente, optarem por participar de práticas restaurativas;
- f) Incluir, dentre as causas de extinção do processo, sem resolução de mérito, “a homologação de acordo restaurativo”;
- g) Inserção de dispositivo, no art. 276, dispondo que, na abertura da audiência de instrução, o juiz deverá se certificar se o acusado e a vítima foram informados sobre a possibilidade de participar de prática restaurativa;
- h) Inclusão de dispositivo para prever que “a qualquer tempo, poderão ser realizadas práticas restaurativas por programas especializados, com a participação da vítima, do acusado e, quando adequado, de outros envolvidos”; 13
- i) Previsão da possibilidade de, nos procedimentos relativos

aos processos de competência do Tribunal do Júri, ser juntado aos autos o termo de acordo restaurativo celebrado entre as partes;

j) Inclusão de dispositivo prevendo a possibilidade de as partes fazerem referência, durante os debates no Tribunal do Júri, “à negativa de participação em prática restaurativa pelo acusado, à eventual insucesso de prática restaurativa, ou a qualquer outra circunstância relacionada à prática restaurativa que possa prejudicar o acusado” e “ao acordo restaurativo celebrado entre as partes, como prova ou indício de confissão do réu”;

k) Inserção de um Título específico para tratar da justiça restaurativa no Livro I.

Como se vê pelas proposições acima elencadas, há uma série de medidas visando a garantia dos direitos da vítima no processo penal, solidificando-a na posição de sujeito de direitos na persecução penal. Afinal, é preocupação de todos que a proteção do seja efetiva e integral, em todas as fases do processo.

Nesse cenário, é forçoso o reconhecimento que se atente a pretensão do novo Código de protagonizar a figura da vítima, contribuindo, inclusive, com a celeridade da satisfação da sua pretensão, no caso de acordo.

Por esse panorama, entendemos como salutar a incorporação desse novo regramento no ordenamento processual.

## 5 CONCLUSÃO

É cediço que o exercício do direito de punir estatal somente é legítimo se houver o devido respeito aos direitos fundamentais dos imputados.

Para tanto, é exigido do órgão acusador, no caso, o Ministério Público, um rígido controle da atividade policial, preservando os direitos dos suspeitos e a regularidade na obtenção das provas. Não deve perder de vista que os investigados em qualquer processo, judicial ou administrativo, ostentam a qualidade de sujeitos de direito e não objeto de trabalho dos órgãos públicos.

Finda a fase investigativa, competirá ao autor da ação criminal a valoração do material coligido na fase policial, que dará embasamento à formalização da acusação e terá por objetivo a defesa de bens jurídicos relevantes.

Como parâmetro de valoração desses interesses, utilizam-se os preceitos do constitucionalismo moderno, cujo fim é o respeito à dignidade humana com o intento de resguardar os fins do processo. Ocorre, porém, que esse âmbito de proteção não pode deixar de ser visto sob uma dupla significação.

Em um primeiro plano, a perseguição penal exige um aspecto negativo, consistente no resguardo da integridade física e espiritual dos envolvidos, e, de outra faceta, há uma nota positiva, consistente no dever de garantir a segurança de seus habitantes. Impõe-se, assim, um necessário equilíbrio entre a prevalência do interesse público sobre o privado, dirigindo-se ao caminho da efetivação da equidade esperada pela população.

Dentre os fatores que desencadearam essa desproteção, a perseguição penal possui ligação direta com o modelo penal garantista-individualista puro, de ideologia jurídica fundada nos pilares do Direito Penal liberal, justificada na necessidade de preservação da segurança jurídica do indivíduo e não no interesse do Estado ou da comunidade.

De uns tempos para cá, passou-se a refletir com maior acuidade acerca desse vácuo normativo e interpretativo, em que uma das soluções apontadas consiste em uma nova interpretação do princípio da proporcionalidade. Com isso, atualmente não deve ser visto apenas como “vedação ao excesso”, devendo igualmente ser alinhavado com a diretriz da “vedação à proteção deficiente”.

Em época não muito distante, o princípio da proporcionalidade era utilizado apenas contra os abusos praticados pelo Estado (proibição do excesso). Com a evolução de pensamento constitucional do Estado Democrático, passou a ser obrigatório reconhecê-lo em mais extenso sentido, como dever de proteção eficiente pelo Estado em resposta às agressões advindas de terceiros.

Nesse processo, a Suprema Corte Brasileira já se posicionou:

os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Ubermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental.<sup>157</sup>

<sup>157</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem

É inarredável a edificação de novos valores interpretativos para aferir a proporcionalidade. Ainda assim, grande parte da doutrina brasileira continua a considerar o princípio da proporcionalidade apenas na acepção da proibição do excesso. Deixam de levar em conta a interpretação mais moderna do princípio da proporcionalidade, que prescreve seu duplo aspecto consistente na “proteção contra o excesso”, de um lado, e, de outro, a “vedação à proteção penal deficiente”.

Esse segundo dever enseja, na interpretação, de que é imposto ao Estado o cumprimento de seu dever de proteção, devendo empregar medidas suficientes de caráter normativo para combater a criminalidade. De toda sorte, ao que se conclui desse ensinamento, ao ente público deve ser impingido o papel de garantidor da proteção social.

Essa obrigação estatal pode ser compartimentada topicamente da seguinte forma<sup>158</sup>: a) *dever de proibição*, consistente na incumbência de se proibir determinada conduta; b) *dever de segurança*, que impõe ao Estado o compromisso de proteger o indivíduo de ataques de terceiros, mediante a adoção de ações diversas; c) *dever de evitar riscos*, que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de prevenir ofensas ao cidadão em geral.

Esse posicionamento torna-se muito oportuno quando se reporta a um dos grandes desafios dos poderes constituídos, consistente em satisfazer os interesses da vítima e enfrentar a microcriminalidade que causa danos difusos.

A legislação repressiva deve abranger os crimes que solapam os direitos transindividuais e coletivos, como os relacionados à corrupção e aos que atentam o meio ambiente, saúde pública, etc., uma vez que colocam em risco os objetivos fundamentais da República na construção de uma sociedade livre, justa, solidária. Deve prever, inclusive, a punição contra o próprio Estado.

Ressalta-se nesse ponto que é indelegável a responsabilidade do Direito Penal contemporâneo na edificação de novos valores e aspirações jurídicas decorrentes do mundo moderno. Notabilizam-se, nos tempos mais recentes, aqueles categorizados como direitos difusos e coletivos, destacando-se, dentre esses, os relacionados à ordem constitucional econômico-social.

A conjugação das duas vertentes de proteção aos direitos fundamentais não apenas otimizará a proteção do indivíduo contra eventuais irracionalidades punitivas por parte do Estado (vedação do excesso), mas, com igual vigor, também permitirá o resguardo eficaz dos anseios da sociedade (vedação à proteção deficiente).

E é nesse sentido que o princípio da proporcionalidade deve ser encarado. Em poucas palavras, há de ser invocado para solucionar conflitos

---

constitucional. Revista Jurídica Virtual, v. 2, n. 13, junho/1999.

<sup>158</sup> PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant’Anna. A Dupla Face do Garantismo Penal e Implicações no Direito Brasileiro. 1. ed., Campo Grande/MS, 2020, p. 148.



dessa estirpe, conjugando as acepções da vedação do excesso e proibição à proteção deficiente, sopesando os valores que, porventura, estão em jogo, para então se aferir a qual deverá prevalecer em determinado caso.

Com efeito, sendo caracterizado esse duplo viés, implicará na maximização da proteção estatal (proteção eficiente), desde que seja privilegiado o interesse maior (público) em detrimento do menor (individual), compatibilizando-os. São esses parâmetros que o legislador ordinário deve ter em mente quando do processo de formação das leis, que efetivará a obrigação constitucional de proteção e resguardo dos interesses dos vitimados.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Cunha. **Só é preso quem quer: bastidores do sistema de punição seletiva**. 3. ed., Rev. e atual. – Niterói, RJ: Impetus, 2012.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão Cautelar**. Ed. Malheiros, 2005, p. 120.

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI e VANESSA MILENE DE SANA no artigo **Proteção da vedação de proteção deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. Ministério Público e princípio da proteção deficiente**. Disponível em: <https://www.revistadompr.org.br/edicoes/8/387-413.pdf>. Acesso em: out. 2019.

GONZALOD., Fernández. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**, p. 19.

LUANNA Tomas de Souza, LORENA Santiago Fabeni. **Dinâmicas de Atuação do Sistema de Justiça Criminal: Da ficção e realidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 118, 120-121.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, v. 2, n. 13, junho/1999.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal**. 1. ed., Juruá Editora, 2011, p. 68.

PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant'Anna. **A Dupla Face do Garantismo Penal e Implicações no Direito Brasileiro**. 1. ed., Editora Contemplar: 2020.

## PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: ATOS PROCESSUAIS, PRAZOS, CITAÇÃO E INTIMAÇÕES

Luciano Bordignon Conte<sup>159</sup>

**Resumo:** O presente artigo analisa o projeto do novo Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional, no que se refere especificamente os atos processuais, prazos, citação e intimação, evidenciando as mudanças e as novidades que serão implementadas em comparação às normas do Código em vigência, bem como apontando as falhas contidas no projeto que poderão resultar em prejuízos aos operadores do direito.

**Palavras-chave:** Atos processuais – prazos – citação – intimação.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Atos processuais. 3. Dos Prazos 4. Das citações e das intimações. 5. Conclusão. 6. Referências.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A análise do projeto do novo Código de Processo Penal indica que o Congresso Nacional tem sido bastante conservador ao tratar do tema relacionado aos atos processuais, prazos, forma de citação e intimação, evitando introduzir mudanças radicais no tratamento que já era dado ao assunto pelo Código em vigência.

Em verdade, verifica-se que, em grande parte, houve cópia dos artigos do Código de Processo Penal em vigor e reprodução quase integral no projeto, apenas com mudança da posição topográfica dos capítulos, agora condensados no Título VII do Livro I, com algumas alterações e atualizações pontuais, pautadas, em grande maioria, pelo entendimento já sedimentado em sede de jurisprudência dos Tribunais Superiores.

### 2 ATOS PROCESSUAIS

O Projeto do novo Código de Processo Penal, no Livro I, Título VII, contempla o assunto “Dos Atos Processuais” nos artigos 152 a 158, trata “Dos Prazos” nos artigos 159 a 161, “Da Citação” nos artigos 162 a 175 e “Das Intimações” nos artigos 176 e 177.

---

<sup>159</sup> Promotor de Justiça, titular da 5ª Promotoria de Justiça da Comarca de Corumbá/MS, com atribuição na Defesa do Patrimônio Público e Social, do Consumidor, Curadoria dos Registros Públicos e Fundações, e crimes correlatos. Pós-graduação em processo civil na Faculdade Damásio de Jesus.

De maneira geral, o texto do Projeto repete, com poucas variações e novidades, as normas contidas no Código de Processo Penal (CPP) em vigência, que trata no Livro VI, em Disposições Gerais, dos “atos processuais” nos artigos 791 a 797, dos “prazos” nos artigos 798 a 800; e no Livro I, do Processo em Geral, Título X, da “citação” nos artigos 351 a 369, e das “intimações” nos artigos 370 a 372.

Uma das inovações no Projeto sobre os atos processuais vem estampada no artigo 152, que materializa o princípio da instrumentalidade das formas, ao dispor que: “Os atos e termos processuais, ressalvada a hipótese de previsão expressa em lei, não dependem de forma determinada, reputando-se também válidos aqueles que, realizados de outro modo, cumpram sua finalidade”.

O Código vigente não tem disposição semelhante.

É verdade que esse princípio acabava tendo aplicação por interpretação das normas do Capítulo das Nulidades que previam a exigência de comprovação de prejuízo para decretação da nulidade (art. 563) e que consideravam sanadas as nulidades se o ato, ainda que praticado por outra forma, tivesse atingido seu fim (art. 572, II).

Nesse sentido, andou bem o Projeto ao adotar de maneira expressa no texto legal o postulado a instrumentalidade das formas, prevendo que o importante é alcançar a finalidade do ato, sem apego a rigorismo formal.

Afinal, como bem lembrado por Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 347), o processo é um instrumento e não um fim em si mesmo, vale dizer, enquanto método destinado à prestação da tutela jurisdicional, não existe por si só; ao contrário, ele é acessório no sentido de servir à aplicação do direito material. Essa é a *ratio essendi* do direito processual: instrumentalidade.

Essa norma do artigo 152 é complementada pela previsão do artigo 179 do Projeto que dispõe que:

“Art. 179. A decretação de nulidade e a invalidação de ato irregular dependerão de manifestação específica e oportuna do interessado, sempre que houver necessidade de demonstração de prejuízo ao pleno exercício de direito ou de garantia processual da parte, observadas as seguintes disposições:

I – É dever do juiz buscar o máximo de aproveitamento dos atos processuais;

II – nenhum ato será declarado nulo se da irregularidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa;

III – o prejuízo não se presume, devendo a parte indicar, precisa e especificamente, o impacto que o defeito do ato processual gerou no exercício do contraditório ou da ampla defesa;

IV – não se invalidará o ato quando, realizado de outro modo, alcance a mesma finalidade da lei, observado o princípio da ampla defesa.”

Nota-se importante avanço do Projeto no sentido de sepultamento de qualquer resquício do rigorismo formal que servia de amparo ao espolhamento de nulidades processuais desprezando a real natureza do direito processual, de instrumentalidade, de busca da satisfação do direito material.

Afora o citado artigo 152 que abre o capítulo dos atos processuais, as demais disposições a eles atinentes no Projeto se prestam apenas a repetir a normatização já em vigor, agora com nova organização topográfica do assunto, que é tratado no Título VII, do Livro I.

O artigo 153, cópia do artigo 791 do Código de Processo Penal, prevê que os juízos e tribunais terão audiências e sessões ordinárias e, havendo necessidade para o rápido andamento dos feitos, extraordinárias.

Trata-se de disposição dirigida muito mais aos tribunais do que aos juízos singulares, porquanto nos tribunais as sessões são, como regra, previamente designadas em datas fixas.

No tocante aos juízos, Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 1091) já alertava há muito que não se fala mais em audiências ordinárias e extraordinárias, porque todas elas, como momentos componentes da instrução do processo para coleta de provas, obedecem à ordem fixada pelo procedimento comum ou especial, havendo liberdade para o juiz designar as datas de sua realização e organizar sua pauta livremente. A nomenclatura é ultrapassada, portanto.

De seu turno, o artigo 154 repete a norma do art. 792 dispondo sobre a regra da publicidade dos atos processuais, excepcionando os casos em que a preservação da intimidade dos interessados não prejudique o interesse público e a ordem e o bom andamento dos trabalhos. O § 1º prevê que o sigilo poderá ser decretado a requerimento da defesa ou do Ministério Público.

Esse dispositivo está em consonância com a norma constitucional que estabelece como regra do processo o princípio da publicidade, nos seguintes termos: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX) e “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (...), podendo a lei limitar a presença em determinados, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (art. 93, IX).

O § 2º do artigo 154 autoriza a realização de atos processuais fora da sede do juízo, havendo justificada necessidade. A regra, portanto, é que

os atos se realizem no Fórum ou no Tribunal. No entanto, é autorizado, e é muito comum em pequenas comarcas do interior do país, a realização de atos fora da sede judicial, como, por exemplo, julgamentos de tribunal do júri em auditório ou teatro da Prefeitura, ou no plenário Câmara de Vereadores.

O artigo 155 do projeto prevê que a polícia das audiências compete ao juiz ou ao presidente do tribunal, câmara ou turma, que poderão requisitar auxílio da força pública para manutenção da ordem. Tal previsão é idêntica ao atual art. 794 do CPP.

O mesmo se dá com o artigo 156 do projeto, que repete a disposição do artigo 795 do Código em vigor, prevendo que os espectadores não poderão se manifestar, podendo o juiz ou presidente mandar retirar da sala os desobedientes.

A previsão contida no artigo 157 do projeto possibilita a realização dos atos do processo em qualquer dia da semana, inclusive sábados, domingos, férias e feriados, à exceção das sessões de julgamento, que somente poderão ser marcadas para dias de regular expediente forense.

Sem embargo, admite que os julgamentos iniciados em dia útil não sejam interrompidos e continuem em dias não úteis, a exemplo das sessões do Tribunal do Júri que, iniciadas em dia útil, poderão se estender até os dias do final de semana, sem necessidade de adiamento.

Esse dispositivo guarda relação com a disposição do artigo 797 do Código de Processo Penal em vigência, com a pequena diferença de incluir também o sábado entre os dias sem expediente forense.

Assim, é admitido que o advogado, o Ministério Público e a Defensoria Pública peticionem no processo, e também que o juiz profira despachos, decisões e sentenças em dias sem expediente forense.

O último dispositivo do Capítulo “Atos Processuais” é o artigo 158 que prevê que a sentença ou acórdão que julgar a ação, incidente ou recurso condenará nas custas o vencido, observadas as regras de gratuidade da justiça, dispondo seu parágrafo único, ainda, que a União e os Estados estabelecerão o regulamento das custas.

Como se percebe, à exceção do artigo 152, nenhuma novidade é trazida pelo projeto no tocante a normatização e regulamentação do assunto “Atos Processuais”, que basicamente repete o texto do código em vigência.

A crítica que se faz aqui é pela timidez no enfrentamento de assuntos importantes que merecem atenção quando se trata da edição de um novo código de processo.

E a principal omissão sentida diz respeito à regulamentação do processo criminal eletrônico, que já é a realidade de quase todos os tribunais do país, mas nenhuma palavra lhe é dirigida no Projeto.

O Código de Processo Penal em vigor foi editado em uma realidade totalmente diferente da que vivemos, e o avanço tecnológico experimentado parece não ter sido contemplado nos planos de edição de novo regramento pelo legislador.

A utilização da informática, da telemática, de computadores, smartphones, tablets e uma gama enorme de outros dispositivos eletrônicos é uma realidade já incorporada na vida da população, acostumada à utilização de WhatsApp, Facebook, Messenger, Internet, Twitter e afins para sua comunicação corriqueira e diária.

É certo que a Lei 11.419, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, tem aplicação sobre o processo penal. Sem embargo, a edição de um novo código de processo penal é uma boa oportunidade de se regulamentar questões específicas ligadas à área criminal, como por exemplo, a forma de materialização, documentação e coleta de provas em formato eletrônico já na fase de investigação; o acesso a tais atos e materiais produzidos pelas partes interessadas por via eletrônica; a utilização desses meios eletrônicos de armazenamento, transmissão e comunicação de atos e de peças processuais; a comunicação eletrônica de atos entre a autoridade policial, Ministério Público, réu, Defesa e Juízo, em substituição aos expedientes e Ofícios físicos.

Enfim, há uma gama variada de atos que poderiam, por regulamentação e exigência do projeto do novo Código, ser obrigatoriamente realizados por meio eletrônico, mas não o são.

Perde-se uma boa oportunidade de modernizar o processo penal, prestigiando a celeridade e a publicidade que são potencializadas pela utilização de processo virtual.

Cita-se, como parâmetro de comparação, a edição do novo Código de Processo Civil pela Lei 13.105/2015, que, ao tratar da forma dos atos processuais, previu expressamente que os atos processuais podem ser totalmente ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico (art. 193).

A Constituição da República Federativa do Brasil garante que a todos os cidadãos são assegurados a razoável duração do processo e os meios que assegurem a celeridade de sua tramitação, tanto no âmbito administrativo quando no âmbito judicial, tal qual aduz o artigo 5º, LXXVIII, acrescido pela Emenda Constitucional nº45, de 30 de dezembro de 2004.

Nesse sentido, certamente a previsão e a obrigatoriedade de adoção do processo judicial eletrônico na seara criminal trariam concreção a essa garantia constitucional na medida em que são características intrínsecas ao processo virtual ou eletrônico a rapidez, a facilidade e a eficiência com que os atos processuais são praticados.

Ao mesmo tempo, o princípio constitucional da publicidade é fortalecido no processo eletrônico na medida em que facilita à população, à mídia e aos órgãos de controle o acesso rápido aos dados e informações produzidas.

Seria conveniente que o Projeto contemplasse previsão obrigando a utilização do processo (e do inquérito) no formato eletrônico, excepcionando a tramitação em autos físicos, o que iria ao encontro dos primados constitucionais da celeridade, razoável duração do processo e da publicidade.

### 3 DOS PRAZOS

O projeto trata “Dos Prazos” nos artigos 159 a 161. De maneira geral há bastante similitude entre as disposições do projeto e as normas do código em vigor, notadamente dos artigos 798 a 800.

O *caput* do artigo 159 dispõe que, quando expressamente previstos em lei, os prazos poderão correr em cartório, respeitado o acesso do advogado aos autos, na forma legal. Já o seu § 1º prevê que os prazos serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, nem aos sábados, domingos ou feriados.

Como se verifica, diferente da opção feita com o novo Código de Processo Civil, onde os prazos processuais somente são contabilizados em dias úteis, o projeto do CPP mantém a regra atual de que os prazos, uma vez iniciada sua contagem, correrão sem qualquer interrupção pela sobrevinda de feriados, finais de semana ou férias (contínuos) e não poderão sofrer dilatação (peremptórios), nem mesmo pela sobrevinda de recesso forense.

A única exceção a esta regra vem descrita no § 4º do mesmo artigo 159, que dispõe que não correrão os prazos nos casos de força maior ou em razão de obstáculo judicial. Como exemplo, pode-se citar o fechamento do Fórum ou dos edifícios anexos ou qualquer dependência do Poder Judiciário por motivo de ordem pública, desastre, calamidade etc. Também a interrupção de funcionamento dos sistemas de processos judiciais eletrônicos por problemas técnicos. Em casos tais, onde há prejuízo às partes, os prazos podem ser suspensos e restituídos às partes.

O início da contagem do prazo processual é regulado no § 2º do artigo 159, que dispõe que não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o dia do vencimento. Mantem-se, portanto, a regra estabelecida no artigo 798, § 1º, do CPP em vigor, e que se diferencia da regra de contagem do prazo penal, que inclui o dia de começo, conforme norma estatuída no artigo 10 do Código Penal<sup>160</sup>.

<sup>160</sup> Art. 10 - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.



O § 6º do mesmo artigo dispõe que, salvo nos casos expressos em lei, os prazos correrão da intimação, da audiência ou sessão em for proferida a decisão, se a parte estiver presente ao ato, ou do dia em que a parte manifestar ciência inequívoca, nos autos, do despacho, decisão ou sentença.

Esse dispositivo é complementado pela regra do § 5º que autoriza, *ex lege*, a citação e a intimação no período de férias forenses, feriados, ou dias úteis fora do horário de expediente, independentemente de autorização judicial.

Nesses casos em que não tenha havido expediente, a intimação considera-se realizada no primeiro dia útil seguinte (§ 7º).

Há, no entanto, significativa mudança no projeto (aparentemente accidental) no que se refere ao término do prazo processual em dia não útil.

O § 3º do artigo 159 dispõe que o prazo será considerado findo, independentemente de certificação pelo escrivão, desde que haja prova do dia em que ele teve início. Logo, pela redação desse dispositivo, o prazo pode findar em qualquer dia da semana, seja ele útil ou não, feriado ou recesso forense, bastando que se faça prova do início da contagem do prazo.

O projeto original que foi aprovado no Senado previa no § 4º do artigo 138 (atual artigo 159 do Substitutivo da Câmara) que o prazo que terminasse no sábado, domingo ou feriado considerar-se-ia prorrogado até o dia útil subsequente, repetindo a redação do artigo 798, § 3º, do Código em vigor. Era mantida, portanto, a regra em vigor segundo a qual o prazo processual não findava em dia não útil, prorrogando-se ao dia útil subsequente.

No entanto, esse dispositivo foi suprimido no Substitutivo apresentado pelo Deputado João Campos, e que atualmente tramita na Câmara dos Deputados.

Trata-se de modificação relevante e causadora de grande impacto na forma de contagem dos prazos processuais, uma vez que, mantido o atual texto, doravante os prazos poderão terminar em dias não úteis, a saber, sábados, domingos, feriados e períodos de férias forenses, o que trará grandes percalços a todos operadores do direito.

Basta pensar numa intimação de sentença condenatória ocorrida no dia 17 de dezembro (dia útil), em que o prazo para a interposição do recurso de apelação (de 15 dias) começará a correr no dia subsequente, 18 de dezembro, e findará no dia 1º de janeiro.

Veja-se que, segundo as regras do atual Projeto (substitutivo), o advogado, a Defensoria Pública e/ou o Ministério Público terão todo seu prazo de recurso tramitando durante o recesso forense, o qual se esgotará no feriado de ano novo.

A análise minuciosa do Relatório da Comissão Especial que apresentou o Substitutivo ao Projeto de Lei 8045/2010 não permite entender ou aferir

a razão da exclusão desse dispositivo, uma vez que nenhuma emenda que tenha sido apresentada e acolhida tratava desse assunto.

Talvez advenha a supressão de um erro no momento de renumerar os artigos e incluir os dispositivos decorrentes de emendas acolhidas pela Comissão, com retirada equivocada de tal parágrafo. Não se sabe.

Se foi deliberada a supressão, não consta o motivo explicitado em nenhuma emenda acolhida pela Comissão, e não há qualquer fundamentação trazida a lume que a justifique.

Fato é que, mantido e aprovado o projeto atual, o término do prazo processual doravante poderá se dar em dias não úteis e sem expediente forense.

Há, portanto, necessidade urgente de discussão desse assunto com o Congresso Nacional por parte dos operadores do direito para se demonstrar os prejuízos que essa regra, caso seja mantida, trará a todos.

Sobre os atos a serem praticados pelo cartório, o projeto reduz de dois dias para vinte e quatro horas o prazo do escrivão para fazer os autos conclusos ao juízo ou para cumprir os atos determinados em lei ou ordenados pelo juiz, conforme norma do artigo 160.

Já em relação aos prazos para a prática dos atos judiciais, o projeto mantém no artigo 161 os prazos do código em vigor (art. 800) de dez dias para sentença, cinco dias para decisões interlocutórias, e de um dia para despachos de mero expediente, os quais contam-se a partir do termo de conclusão.

Referidos prazos, para o escrivão e para o juiz, são prazos impróprios, ou seja, não trazem previsão de qualquer consequência pela sua inobservância.

Nesse sentido, foi suprimida a disposição que previa a imposição do pagamento de multa e, em caso de reincidência, de pena de suspensão ao escrivão que excedesse o prazo de cumprimento dos atos (art. 799, CPP), norma que estava em desuso.

Evidentemente, a desídia ou a omissão no cumprimento de suas obrigações pode ensejar a responsabilização funcional do escrivão na esfera administrativa, não havendo necessidade de inclusão de tal norma no código de processo penal.

De outro lado, verifica-se uma certa falta de bom senso em se estabelecer prazo tão exíguo para o cumprimento dos atos determinados por lei ou pelo juiz por parte da escrivania, notadamente quando levada em conta a realidade da justiça criminal no país, assoberbada de processos e com carência generalizada de recursos humanos.

Conforme dispõe expressamente o § 2º do artigo 161, os prazos para o Ministério Público são contados da data do ingresso dos autos na respectiva instituição.

O Projeto, nesse ponto, respeita a prerrogativa estabelecida na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público de que a contagem dos prazos para a instituição somente tenha início com a vista pessoal para os seus membros mediante a entrega de carga dos autos (art. 41, IV).

É relevante ressaltar que o projeto derroga, na medida em que não repete, a ressalva da parte final do § 2º do artigo 800 do CPP em vigor, no sentido de que a intimação do *Parquet* para recurso poderia se dar na forma do artigo 798, § 5º, ou seja, iniciar a contagem do prazo da audiência ou sessão de julgamento, independente de vista pessoal dos autos.

Essa mudança vem em boa hora e põe termo à outrora controvertida discussão travada nos Tribunais do país sobre qual seria a regra a ser aplicada para o Ministério Público para o início da contagem do prazo recursal, a saber, a data da audiência ou a intimação pessoal com a carga dos autos.

Nesse ponto, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça recentemente pacificou a questão ao julgar o Resp 1.349.935, sob o rito dos recursos repetitivos, definindo a seguinte tese: “O termo inicial da contagem do prazo para impugnar decisão judicial é, para o Ministério Público, a data da entrega dos autos na repartição administrativa do órgão, sendo irrelevante que a intimação pessoal tenha se dado em audiência, em cartório ou por mandado”.

Logo, o projeto põe uma pá de cal sobre o assunto e normatiza o entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o prazo de manifestação ou recurso para o Ministério Público corre a partir da intimação pessoal de seu membro, com carga dos autos, e não mais da audiência ou da sessão em que proferido o julgamento.

Tratamento paritário é conferido pelo Projeto à Defensoria Pública para quem, da mesma forma, será iniciada a contagem dos prazos a partir do ingresso dos autos na respectiva instituição (art. 161, § 2º).

Também aqui o legislador optou por seguir a orientação da jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do HC 296.759, estendeu para a Defensoria Pública a mesma prerrogativa reconhecida ao Ministério Público quanto ao termo inicial da contagem do prazo.

Por fim, o projeto estabelece regra de contagem em dobro dos prazos para a Defensoria Pública e para o defensor dativo, conforme se verifica do § 4º do art. 161, mantendo o tratamento que já lhes era conferido pela Lei 1.060/50.

#### **4 DA CITAÇÃO E DAS INTIMAÇÕES**

O projeto trata das citações e das intimações nos artigos 162 a 177, trazendo diversas atualizações e mudanças em relação ao Código de Processo Penal vigente.

A principal novidade é a regulamentação da forma de citação da pessoa jurídica, com previsão no artigo 166 de que basta a entrega do mandato à pessoa encarregada da recepção, que será devidamente identificada, para a concretização da citação.

Como se percebe, optou o legislador por adotar no processo penal a “teoria da aparência”, amplamente utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça para considerar válida a citação de pessoa jurídica, no âmbito do processo civil, por entrega da citação no endereço da sede ou filial da pessoa jurídica, na sua recepção, conforme se verifica do seguinte julgado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SÚMULA 182/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA. **NULIDADE DE CITAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA. NÃO OCORRÊNCIA. TEORIA DA APARÊNCIA.** AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (...)

3. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, é válida a citação realizada na sede ou filial da pessoa jurídica e recebida por pessoa que não recusa a qualidade de funcionário. Aplicação da teoria da aparência.**

4. Agravo interno provido para reconsiderar a decisão agravada e, em novo julgamento, conhecer de agravo para negar provimento ao recurso especial.”<sup>161</sup> (destaques não originais).

Não é necessário, portanto, que o Oficial de Justiça diligencie visando a entrega do mandado de citação diretamente em mãos para o responsável legal da empresa, ou funcionário que tenha poderes de representação judicial, bastando a entrega da citação ao funcionário encarregado da recepção da sede ou da filial da pessoa jurídica.

Outra inovação do projeto é a revogação, com a exclusão no projeto, das normas do CPP que tratam especificamente da citação do militar (art. 358<sup>162</sup>) e do funcionário público (art. 359<sup>163</sup>), que, doravante, obedecerão à regra geral.

Como se sabe, desde a reforma do Código de Processo Penal trazida pela Lei nº 11.719, de 2008, houve mudança no procedimento, com a citação do réu não mais para comparecer em juízo para ser interrogado, mas sim para

<sup>161</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AREsp 1363801 / PR, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 09.09.2019.

<sup>162</sup> Art. 358. A citação do militar far-se-á por intermédio do chefe do respectivo serviço.

<sup>163</sup> Art. 359. O dia designado para funcionário público comparecer em juízo, como acusado, será notificado assim a ele como ao chefe de sua repartição.

responder à acusação, com a inversão da ordem da coleta de provas em audiência, de maneira que o interrogatório passou a ser o último ato do processo.

Desde então perderam o sentido as normas que determinavam a citação e requisição do militar e do servidor público junto ao chefe do serviço ou da repartição, haja vista a desnecessidade de imediato comparecimento em juízo para interrogatório, razão essa da exclusão da norma específica de citação.

O projeto mantém a regra atual de que a citação é feita por mandado quando o réu estiver sujeito à jurisdição do juiz da causa (art. 162), e por carta precatória quando ele estiver em outra comarca (art. 163), não havendo qualquer modificação ou inovação no sentido de se admitir, por exemplo, citação por carta com aviso de recebimento, ou por comunicação eletrônica. Obrigatoriamente a citação será feita pelo Oficial de Justiça.

No tocante à citação por mandado, de maneira expressa o projeto a admite quando o réu estiver em comarca contígua ou pertencente à mesma região metropolitana (art. 162, § 2º), norma esta equivalente à disposição do artigo 255 do Código de Processo Civil.

É bom salientar que o código em vigência não tem previsão expressa desse tipo de citação, que em tese deveria se dar através da expedição de carta precatória; sem embargo, o Superior Tribunal de Justiça tem julgado admitindo a aplicação analógica do Código de Processo Civil para permitir a citação por mandado em comarcas contíguas, conforme se verifica do seguinte julgado:

“EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO E COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. **CITAÇÃO PESSOAL EM OUTRA COMARCA. DESNECESSIDADE DE CARTA PRECATÓRIA. COMARCAS CONTÍGUAS, DE FÁCIL COMUNICAÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 230 DO CPC.** ADVOGADO CONSTITUÍDO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. NÃO-IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. ART. 571, II, DO CPP. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o princípio *pas de nullité sans grief*, contido no art. 563 do CPP, a declaração de nulidade só deve ocorrer quando efetivamente restar demonstrado o prejuízo.
2. ‘A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito’ (art. 3º do CPP).
3. ‘Nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana, o oficial de justiça poderá efetuar citações ou intimações em qualquer delas’ (art. 230 do CPC).

4. A regra estabelecida no art. 230 do CPC tem como escopo a efetivação do chamado do réu a compor a lide, de forma mais célere e menos onerosa ao Estado para o efetivo desenvolvimento do processo.

5. Na hipótese dos autos, é passível de aplicação o art. 230 do CPC, sem que isso traga prejuízo ao réu, uma vez que, devidamente representado por advogado e efetivamente citado, negando-se, entretanto, a receber a contrafé, restou ciente da ação penal contra ele movida.

6. Nos termos do art. 571 do Código de Processo Penal, eventuais nulidades ocorridas na fase instrutória deverão ser arguidas em sede de alegações finais, sob pena de preclusão da matéria.

7. Ordem denegada.<sup>164</sup> (destaques não originais).

De qualquer sorte, andou bom o projeto ao prever expressamente a possibilidade de citação por mandado em comarcas contíguas ou regiões metropolitanas, aparando a aresta existente no código em vigência e pondo fim à controvérsia.

O mandado de citação deverá conter os dados necessários a levar ao acusado o conhecimento da imputação bem como lhe possibilitar o exercício do direito de defesa (art. 162), dentre eles, o nome do juiz, do querelante nas ações privadas, nome do réu, suas características e sua residência, a finalidade da citação com todas as especificações e advertências, o juízo e seu endereço, prazo para a resposta, a subscrição do escrivão e a rubrica do juiz.

Nesse sentido, a novidade é a obrigação de constar expressamente do mandato o endereço da defensoria pública local e a informação de que o réu tem direito à assistência judiciária, bem como exigir a entrega de cópia integral da denúncia ou queixa ao acusado (incisos, VIII e IX).

O artigo 169 do projeto prevê a possibilidade de citação por hora certa do réu que se oculta para não ser citado, fazendo remessa explícita às normas dos artigos 252 a 254 Código de Processo Civil<sup>165</sup> (Lei 13.105/2015)

<sup>164</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 42.228/PB, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.02.09.2008.

<sup>165</sup> Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Parágrafo único. Nos condomínios edifícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

como regulamentação da forma de sua realização.

Com relação à Carta Precatória, o projeto inova e agora é expresso em determinar a citação por hora certa quando certificado pelo oficial de justiça que o réu se oculta para não ser citado (164, § 2º).

É significativa essa mudança já que ela corrige uma contradição do CPP em vigência. Com efeito, o artigo 355, § 2º, do CPP dispõe que, certificado pelo oficial de justiça que o réu se oculta para não ser citado, a precatória será imediatamente devolvida, para o fim previsto no art. 362. O art. 362, na sua redação original, determinava a citação por edital de réu que se ocultava para evitar citação. Ocorre que, com a reforma introduzida no CPP pela Lei 11.719, de 2018, a citação por edital foi vetada nesses casos, e o artigo 362 passou a determinar a citação com hora certa nessas hipóteses, o que tornou contraditória e sem sentido a norma do artigo 355, § 2º, do CPP já que ela, literalmente, determina a devolução da precatória para a citação com hora certa, o que somente pode ser feito no juízo deprecado.

Portanto, em boa hora o projeto corrige essa distorção causada por uma reforma pontual do Código de Processo Penal, sem que tenha sido feita, à época, uma revisão de todos os dispositivos afetados.

De outro lado, o projeto não é feliz na redação dada ao artigo 170, que regulamenta a citação por edital.

O Código em vigência dispõe no artigo 361 que se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias. O requisito para se admitir a citação por edital, portanto, é o réu não ser encontrado.

Vale salientar que doutrina e jurisprudência pacificamente exigem que devem ser esgotados os meios de localização e busca do paradeiro atual do réu antes da determinação da citação ficta. Nesse sentido, Gustavo Henrique Badaró (2015, p. 365) leciona que:

---

Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência.

§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias.

§ 2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado.

§ 3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

§ 4º O oficial de justiça fará constar do mandado a advertência de que será nomeado curador especial se houver revelia.

Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.

“No caso de pessoa que não é encontrada, a citação por edital somente poderá ser realizada depois de o acusado ser procurado em todos os endereços constantes dos autos, e for certificado pelo oficial de justiça que ele se encontra em local incerto e não sabido. E, mesmo que, durante o inquérito policial, o acusado tenha sido procurado e não encontrado em seu local de trabalho e no seu endereço residencial, será necessário que o juiz procure esgotar todos os meios para localizá-lo, para somente então determinar a citação por edital.”

Já o artigo 170 do projeto prevê que: “A citação será feita por edital em caso de comprovada impossibilidade da sua realização por mandado, em razão da inexistência de livre acesso ao local identificado como endereço do acusado.”

Como se verifica, a interpretação literal da norma traduz uma restrição acentuada dos casos em que se admitirá a citação editalícia, já que o texto do dispositivo dá a entender que ela ocorrerá somente quando não houver livre acesso ao endereço do acusado, ou seja, quando o paradeiro do réu for conhecido, mas inacessível e inalcançável pelo Oficial de Justiça.

Essa hipótese, contudo, não contempla a situação mais corriqueira do dia a dia das varas criminais do país, qual seja, aquela em que o paradeiro do réu é desconhecido, em que ele não é localizado para citação pessoal nos endereços existentes, por ter se mudado sem informar ao Juízo novo endereço, ou mesmo na hipótese de ter se evadido do distrito da culpa depois da prática do crime.

Ao que parece, na ânsia de regulamentar uma situação específica, e permitir que em casos tais (ausência de acesso ao local de residência do réu, v.g., numa comunidade dominada pelo tráfico de drogas) fosse também admitida a citação por edital, o legislador acabou por restringir sobremaneira a possibilidade de citação editalícia no processo penal, deixando um hiato normativo sobre a situação do réu que não tem endereço ou paradeiro conhecido.

Indaga-se: mantido o texto atual, o que deve o juiz fazer em casos tais, em que o réu não é encontrado e não tem endereço certo? O processo ficará paralisado? Haverá uma crise de instância? Ou se admitirá a citação por edital?

Há duas formas de solucionar esse problema. A primeira, e mais fácil, se dá através de melhoria da redação do artigo, mediante revisão, antes da aprovação do projeto. A segunda, passível de controvérsia e discussão, seria interpretar a norma no sentido de que a citação será feita por edital sempre que comprovada impossibilidade da sua realização por mandado, inclusive em razão da inexistência de livre acesso ao local identificado como endereço do acusado. Essa interpretação não excluiria da norma aquelas hipóteses em que o réu tem paradeiro desconhecido.



Há, portanto, necessidade urgente de discussão desse assunto com o Congresso Nacional por parte dos operadores do direito para se demonstrar os prejuízos que essa regra trará, caso seja mantida.

Por outro lado, as normas no projeto referentes à forma e ao conteúdo do edital de citação permanecem praticamente as mesmas do código em vigência, com o acréscimo da obrigatoriedade de o edital também ser publicado na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça (art. 171, § 2º).

Se o acusado, citado por edital, não apresentar resposta escrita e nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e decretar medidas cautelares necessárias, conforme previsão do artigo 172. Nesse caso, a produção de provas antecipadas se dará na presença do Ministério Público e de defensor público (§ 1º).

O prazo máximo da suspensão do processo será o correspondente ao prazo prescricional regulado pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada, nos termos do artigo 109 do Código Penal (§ 4º). Aqui, o legislador adota expressamente o entendimento firmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, externado através da Súmula n. 415<sup>166</sup>.

O projeto mantém a mesma regra em vigor atualmente de que o réu preso tem que ser citado pessoalmente, consoante disposto no artigo 168.

Com relação ao acusado que, citado ou intimado para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou mudar de endereço sem informar ao juízo, o projeto determina que a instrução do processo tenha seguimento sem sua presença (art. 173).

Sem embargo, é imprescindível a atuação da defesa técnica do acusado no processo, mesmo tendo o réu optado pelo direito de não comparecer aos atos, sob pena de nulidade.

Estando o acusado no exterior, em lugar conhecido, será citado por carta rogatória (art. 174), caso em que o prazo da prescrição fica suspenso até o cumprimento do ato. Da mesma forma, as citações que houverem de ser feitas em legações estrangeiras (embaixadas e consulados) serão efetuadas mediante carta rogatória (art. 175).

O procedimento é o mesmo nos dois casos. O juiz remete a carta rogatória ao Ministério da Justiça, que providencia a remessa ao Ministério das Relações Exteriores, seguindo, então, ao seu destinatário. A diferença é que no segundo caso não há suspensão do prazo prescricional, já que o réu não se encontra no exterior.

---

<sup>166</sup> Súmula 415. O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.

Com relação às intimações, no artigo 176 o projeto repete a fórmula do código em vigência dizendo que as intimações das testemunhas, acusados e demais pessoas que tenham que tomar conhecimento de algum ato processual observará as disposições referentes à citação.

A intimação de defensor constituído, advogado do querelante e do assistente será feita por publicação no diário oficial, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado, ou estando o processo sob sigilo, suas iniciais (art. 176, § 2º).

Não existindo órgão de publicação na circunscrição judiciária, intimação será feita pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo (§ 3º). Em caso de intimação pessoal feita pelo escrivão, é dispensada a publicação no diário oficial (§ 4º). O projeto prevê que a intimação poderá ser feita também por meio eletrônico, na forma legal (§ 4º).

O § 5º do artigo 176 dispõe que a intimação do Ministério Público, do Defensor Público e do defensor nomeado será sempre pessoal, norma esta que é complementada pelo disposto no artigo 161, § 2º, que dispõe que os prazos para o Ministério Público e para a Defensoria Pública são contados da data do ingresso dos autos na respectiva instituição.

Por fim, o art. 177 do Projeto dispõe que adiada a instrução criminal, por qualquer motivo, deverá ser marcada desde logo dia e hora para seu prosseguimento, na presença das partes e testemunhas.

## 5 CONCLUSÃO

Em linhas gerais, o projeto repete grande parte das normas do Código de Processo Penal em vigência no que se refere ao tratamento conferido ao Título VII, do Livro I, quando trata dos atos processuais, dos prazos, da citação e das intimações.

Dentre as novidades trazidas se encontram a regulamentação da forma da citação da pessoa jurídica, que se dará através do funcionário encarregado da recepção, a exclusão das regras específicas que tratavam da citação dos militares e dos servidores públicos, a autorização expressa para citação e intimações por mandado em comarcas contíguas ou regiões metropolitanas, a autorização expressa para a citação por hora certa nas Cartas Precatórias.

Houve também mudança importante no tocante à regra de contagem do prazo para o Ministério Público, que se dará, segundo o projeto, unicamente, a partir do ingresso dos autos na instituição, derogando-se a ressalva da parte final do § 2º do artigo 800 do Código em vigor, no sentido de que a intimação do *Parquet* para recurso poderia se dar na forma do artigo 798, § 5º, ou seja, iniciar

a contagem do prazo da audiência ou sessão de julgamento, independente de vista pessoal dos autos. A mesma regra vale para a Defensoria Pública.

Sem embargo dos avanços em determinados assuntos, não se pode deixar de criticar a timidez do legislador no enfrentamento de temas contemporâneos, como a ausência de qualquer menção no Projeto de regulamentação do processo criminal eletrônico, seja no tocante à forma de prática e armazenamento dos atos de investigação e de instrução, seja no tocante à maneira de comunicação.

No tocante à forma de contagem dos prazos processuais há significativa mudança no projeto (para pior) na medida em que o Projeto Substitutivo apresentado pelo Deputado João Campos, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados, permite o término dos prazos processuais em dias não úteis, já que foi suprimido (sem qualquer justificativa) o parágrafo que prorrogava o vencimento do prazo, em casos tais, para o dia útil seguinte (no caso, §4º do artigo 138 do PL do Senado).

Essa modificação aparentemente decorre de equívoco na renumeração dos dispositivos no atual Substitutivo, já que nenhuma das emendas votadas e acolhidas ou rejeitadas pela comissão tratou desse assunto, o que demanda a urgente discussão com o Congresso Nacional por parte dos operadores do direito para correção do problema.

A regra da citação por edital, prevista no artigo 170 do projeto, também é motivo de crítica na medida em que sua redação restringe demasiadamente as hipóteses em que se permite essa modalidade de citação ficta. Com efeito, a interpretação literal do dispositivo indica que somente se admitirá a citação editalícia no caso de o endereço do réu ser conhecido, mas inacessível pelo Oficial de Justiça, não abrangendo, portanto, a situação mais corriqueira em que o réu tem paradeiro desconhecido, seja por ter se mudado sem informar endereço, seja por evasão após a prática do crime.

Há necessidade de melhoria na redação do dispositivo antes da aprovação do projeto mencionado, para se evitar prejuízos posteriores na limitação da possibilidade da citação por edital de réus foragidos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de setembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 10 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 10 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 8045, de 2010, do Senado Federal. **Institui o novo Código de Processo Penal** e revoga o Decreto-Lei 3.689, de 1941. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed., São Paulo: RT, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed., São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015.

## DA PROVA

Élcio D'Angelo<sup>167</sup>

**Resumo:** O presente artigo traz em seu bojo uma análise das provas que poderão ser utilizadas no processo penal, inclusive as provas de terceira geração, haja vista os meios tecnológicos que ora se nos afiguram. Outrossim, procuramos trazer à baila o tema sobre a novel lei sobre a custódia da prova, a qual se tornou ponto chave para o deslinde de qualquer processo.

**Palavras-chave:** Prova – Terceira Geração – Cadeia de Custódia.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Da Prova. 3. Do Interrogatório. 4. Da confissão. 5. Do Ofendido. 6. Das Testemunhas. 7. Da Busca e Apreensão. 8. Direito Probatório de Terceira Geração. 9. Da Cadeia de Custódia. 10. Conclusão. 11. Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

*Prima facie*, urge dizer que o Estado Democrático de Direito estabelece os meios e as formas para a obtenção de prova a serem utilizadas pelo sistema jurídico, logo, as provas somente serão aceitas se estiverem em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

Assim sendo, estamos amparados para adquirir essas provas e utilizá-las para atingir limpidamente uma decisão judicial alicerçada em princípios constitucionais isentos de quaisquer máculas, desde que tenhamos em mente essas diretrizes.

Infelizmente, deparamo-nos, vez ou outra, com provas ilícitas, porém tal constatação não nos impede de elogiarmos nosso Estado Democrático de Direito, porquanto temos os meios legais de impedir seu manuseio.

Nesse norte, buscamos abordar alguns meios de prova a fim de demonstrarmos seu amparo legal e suas peculiaridades, não obstante haver outras tanto quanto importantes para a obtenção de uma decisão judicial.

Hodiernamente deparamo-nos o que se denominou chamar de direito probatório de terceira geração, vale dizer, a obtenção de provas invasivas utilizando, para tanto, meios tecnológicos para tal mister, daí a importância do tema.

---

<sup>167</sup> Especialista em Direito Processual Civil (UCDB-MS) e Direito Constitucional (UNAES-MS). Promotor de Justiça do MP-MS. Membro designado na Corregedoria-Geral do MPMS. Autor de obras jurídicas.

## 2 DA PROVA

Os meios de obtenção da prova estão capitulados no Título VII do Código de Processo Penal, onde destacamos o exame de corpo de delito, perícias, o interrogatório do acusado, a confissão, as testemunhas, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, a análise de documentos e a busca e apreensão.

O rol para a obtenção dos meios de prova não é taxativo, mas, sim, exemplificativo, ou seja, podemos considerar meios de prova todos os recursos legais disponíveis para a obtenção da verdade sobre os fatos submetidos ao crivo do Poder Judiciário.

Reputamos de suma importância a condução dos meios de obtenção de prova, vez que é neste momento que poderemos dar a estrutura sólida para alcançarmos um resultado justo e em conformidade com o ordenamento jurídico.

Insta salientar que, infelizmente, no afã de obtermos as provas, acabamos incorrendo em erros comezinhos, os quais ensejarão nulidades durante a persecução processual penal.

Devemos buscar as provas em conformidade com os direitos humanos, a fim de que a produção de conhecimento esteja sempre alicerçada em pilares principiológicos, os quais dão embasamento à Constituição Federal de 1988 e às normas infraconstitucionais.

Tendo como verdadeira a premissa de que o evento criminoso somente entrará no mundo jurídico após a sua ocorrência, não obstante haver crimes que admitem a tentativa, em regra, as provas as serem obtidas poderão ser pretéritas, presente se futuras.

No que diz respeito às provas pretéritas, podemos citar documentos pré-existentes como, por exemplo, extratos bancários reversos, bilhetagem etc., enquanto que as provas presentes podem ser o interrogatório, os testemunhos e a confissão e, por fim, as provas futuras serão, por exemplo, a reconstituição, acareação, perícias etc.

Não podemos olvidar que estamos a analisar a prova judiciária, ou seja, aquela que busca dar embasamento ao Estado-Juiz para prolatar uma decisão a respeito de determinado evento criminoso e, para tanto, há de se utilizar de todos os meios admitidos pelo Estado Democrático de Direito para aproximar-se do que entendemos ser o mais justo.

Embora o processo penal não consiga açambarcar todos os meios de provas, fato é que caberá ao Poder Judiciário dirimir todas as dúvidas que possam existir durante a persecução penal, bem como àquelas existentes durante a fase inquisitorial e, para tanto, terá de sempre estar atento aos princípios fundamentais do processo penal, entre eles, o do contraditório, da ampla defesa, da inadmissibilidade de provas ilícitas etc.

Urge dizer, por fim, que as provas poderão ser produzidas a qualquer momento, inclusive na segunda instância *ex vi* artigo 616<sup>168</sup> do Código de Processo Penal, as quais dependerão da iniciativa judicial. Há que se ressaltar que neste caso não poderá haver a *reformatio in pejus*, acaso haja somente recurso exclusivo da defesa e não for o caso de reexame necessário, entretanto a juntada de carta precatória com provas em qualquer tempo, desde que não sido findo o julgamento, poderá servir para embasar uma decisão que possa ser mais gravosa ao réu, porquanto “a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida será junta aos autos” (art. 222, § 2º, CPP).

### 3 DO INTERROGATÓRIO

O interrogatório é um meio de prova, onde o réu poderá, a seu critério, trazer aos autos sua versão, não obstante o ônus da prova caber a quem acusa o que, em regra, caberá ao representante do Ministério Público tal mister.

O interrogado tem o direito de saber que ele não é obrigado a falar, bem como se auto incriminar, ao que denominamos de direito ao silêncio e a não autoincriminação, daí entendermos que o interrogatório é um ato facultativo.

A propósito, com o advento da Constituição Federal de 1988<sup>169</sup> e com o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 1, do Decreto nº 678/92), o Brasil passou a inserir-se no rol dos países democráticos que desobrigou qualquer acusado de manifestar-se sobre o fato a ele imputado.

O julgador não poderá formar sua convicção com critérios eminentemente subjetivos, vez que, *in casu*, o Juiz deverá expor suas motivações técnicas ao prolatar a sentença sob pena de ser nula, pois à luz da Constituição Federal de 1988, temos que

Art. 93 *Omissis*.

(...)

IX – todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>168</sup> Art. 616 (CPP). No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.

<sup>169</sup> Art. 5º, LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Entretanto, no Tribunal do Júri este princípio é mitigado, vez que as motivações dos jurados para decidirem não são expostas, senão vejamos o que dispõe o Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: Em nome da lei, concitovos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e dos ditames da justiça. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: Assim o prometo.”

Percebemos que neste momento, embora o Juiz não possa considerar o silêncio do réu prejudicial a ele, verdade é que não podemos garantir que os jurados também assim o façam, por isso, reputamos ser interessante que o réu, pelo menos perante o Tribunal do Júri, exponha seus motivos aos jurados, ou seja, que exerça sua autodefesa ativa, ainda que seja parcial, vale dizer, poderá responder às perguntas que lhe aprouver.

#### 4 DA CONFISSÃO

Ensina Guilherme de Souza Nucci<sup>170</sup> que:

“Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.”

Interessante ressaltar que a confissão não suprirá a falta do exame de corpo de delito, entretanto, a prova testemunhal poderá supri-la. Realmente, se o legislador prescrevesse essa possibilidade, haveria, como de fato há, pessoas condenadas por assumirem a autoria de crimes que não cometeram, como sói acontecer entre os integrantes de facções criminosas, vez que assumir a autoria de determinados crimes faz parte do quadro de acesso a outros patamares dentro da organização.

Daí o Código de Processo Penal prescrever que:

---

<sup>170</sup> In “Manual de Processo Penal e Execução Penal”, 8. ed., revista, atualizada e ampliada, editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 442.



Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

(...)

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Embora a confissão seja preponderante para o juízo de valor, verdade é que ela está sujeita a fatores exógenos e endógenos, os quais não estão sob o controle do julgador.

Ocorre a confissão por vários motivos, entre os quais, destacamos o religioso, o cultural, o psicológico e o lógico.

Interessa-nos aqui analisar a confissão espontânea, qual seja, aquela que ocorre quando o acusado admite a autoria em invocar quaisquer excludentes de antijuridicidade, porquanto se trata de uma atenuante específica, logo, necessariamente o julgador terá de aplicá-la, a menos que se trate de uma confissão qualificada.

Conforme dispõe o Código Penal, *in verbis*:

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...)

III – ter o agente:

(...)

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

A confissão qualificada caracteriza-se pelo reconhecimento de que o acusado fora o autor, porém, tal confissão vem consubstanciada em alguma excludente de antijuridicidade previstas no artigo 23 do Código Penal.

## 5 DO OFENDIDO

Reputamos ser muito importante ouvir o ofendido, pois, tal como o réu, o ofendido poderá contribuir para a persecução processual penal, logo, via de consequência, contribuirá sobremaneira para chegarmos a uma decisão mais equânime.

Prescreve o Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja

ou presume ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

Entretanto, saliente-se que, tal como ocorre com o réu em seu interrogatório, o ofendido não é ouvido como testemunha, daí sequer se cogitar em crime de falso testemunho.

Acreditamos que a oitiva do réu e do ofendido é de suma importância, haja vista a carga de subjetivismo que esse ato comporta, vez que a possibilidade de perceber as atitudes de ambos nesse momento, a nosso ver, contribuirá substancialmente para, juntamente com as demais provas angariadas, o juiz formar sua convicção.

## 6 DAS TESTEMUNHAS

A prova testemunhal torna-se importante desde que não guarde em seu bojo uma carga pesada de subjetivismo, pois, se não houver o distanciamento entre o que realmente testemunhou do que aquilo que acredita ter testemunhado, tal prova será, senão totalmente, pelo menos desconsiderada em vários pontos.

Essa é a prova mais democrática, porquanto toda pessoa poderá ser testemunha, *ex vi* artigo 202 do Código de Processo Penal, logo, também a mais sujeita ao subjetivismo, o que poderá descaracterizá-la.

Não obstante a testemunha ser compromissada para dizer a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho, a realidade tem revelado que as pessoas tendem a defender ou o réu ou a vítima, mesmo sendo advertida a respeito desse crime.

Assim sendo, sugerimos analisar essa prova com ressalvas e à luz das demais provas apresentadas.

Por fim, é importante lembrar que algumas pessoas são dispensadas de testemunhar e outras impedidas, senão vejamos:

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar

segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Voltamos a salientar que a prova testemunhal deveria estar isenta de qualquer subjetivismo, porém, isso não ocorre na realidade, principalmente quando estamos diante de crimes violentos envolvendo organizações e facções criminosas, onde ocorrem ameaças veladas às testemunhas, prejudicando sobremaneira o julgamento, propiciando, infelizmente, injustiças para ambos os lados, vale dizer, ofendido e réu.

## 7 DA BUSCA E APREENSÃO

Acreditamos que a busca e apreensão é uma prova isenta de subjetivismo, porquanto se busca tão somente apreender provas materiais que possam dar subsídios para o julgador se convencer de que determinado ocorreu e quem, realmente, o cometeu.

Conforme dispõe o Código de Processo Pena, temos que:

“Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contratação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* no parágrafo anterior.

Trata-se de medida cautelar o manuseio desse meio processual penal, vez que irá subsidiar uma possível ação penal a ser proposta como, por exemplo, em crimes que envolvem licitação, lavagem de dinheiro, organização criminosa etc.

Urge dizer que a busca e apreensão não se limita à pessoa ou a determinado local, ou seja, o Estado-Juiz poderá estendê-la a outros locais que dizem respeito à pessoa que está sendo investigada, como, por exemplo, veículos, aeronaves, barcos etc.

Vale lembrar que a busca e apreensão em escritório de Advocacia deverá ser acompanhada pelo representante da Ordem dos Advogados do Brasil daquela comarca, haja vista o disposto na Lei n. 8.906/94, senão vejamos:

Art. 7º São direitos do Advogado:

(...)

II - a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (Redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008)

(...)

§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes. (Incluído pela Lei nº 11.767, de 2008)

Outro ponto a ser salientado é que as Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPIs), embora tenham poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (art. 58, § 3º, CF/88), verdade é que não podem determinar a busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial, haja vista o disposto na Constituição Federal (art. 5º, inciso X).

## **8 DIREITO PROBATÓRIO DE TERCEIRA GERAÇÃO**

O direito probatório de terceira geração consubstancia-se na utilização de meios altamente tecnológicos para obtenção de provas com vistas a subsidiar a investigação e, via de consequência, o Estado-Juiz, porém,

o problema que se nos afigura é que essas provas estão sendo rediscutidas, haja vista a inobservância de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Recentemente, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao analisar o Habeas Corpus n. 101.119 – SP (2018/0189228-9) entendeu que:

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ACESSO A DADOS CONTIDOS NO CELULAR DO RÉU. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. Os dados armazenados nos aparelhos celulares – envio e recebimento de mensagens via SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens, fotografias etc. -, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são invioláveis, nos termos em que previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, só podendo, portanto, ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, com base em decisão devidamente motivada que evidencie a imprescindibilidade da medida, capaz de justificar a mitigação do direito à intimidade e à privacidade do agente. (RELATOR: MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ)

*Data maxima venia*, ousamos discordar em parte com a decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, porquanto o Brasil está vivenciando há muito tempo o recrudescimento de Organizações e Facções Criminosas, daí entendermos que é entendimento de que a violação à intimidade e à vida privada nesses casos deva ser relativizada, caso contrário, como ocorre atualmente, a legislação e o entendimento jurisprudencial estão, indiretamente, dificultando o enfrentamento.

Em 02 de agosto de 2013, com a Lei nº 12850, ocorreram mudanças significativas para tratar de criminalidade organizada no país. Segundo o parágrafo 1º do primeiro artigo, *in verbis*:

“Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, Lei nº 12850, 2013)”

As facções criminosas brasileiras, em sua maioria, se estruturaram e consolidaram nos sistemas prisionais. Presos se organizaram em grupos com a premissa inicial ideológica “protecionista dos direitos dos apenados e seus familiares”. Cooptaram, em cada ausência estatal, mais pessoas em situação de aprisionamento e, posteriormente, criminosos, atuantes nas ruas, que buscavam poderio financeiro e bélico, além de um “status social”.

Infelizmente, as organizações criminosas adquiriram tamanha complexidade que o Estado que, em tese, é considerado um ente abstrato, mas concretamente organizado para atender aos anseios de uma sociedade organizada não vem conseguindo enfrentar as ORCRIM, como nos dão exemplos o ocorrido no Complexo Penitenciário de Pedrinhas (Maranhão), no Complexo Penitenciário de Alcaçuz (Rio Grande do Norte) e no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Amazonas), acarretando no emprego das Forças Armadas na segurança pública. Das ORCRIM que atualmente dominam a região fronteira do Brasil, principalmente nas fronteiras com o Paraguai e a Bolívia, destacam-se o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV).

Ademais, não podemos olvidar que crimes que envolvem organizações criminosas e facções há a necessidade de invocarmos alguns princípios básicos da inteligência, notadamente, da segurança, flexibilidade e oportunidade.

## 9 DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Não obstante já haver previsão para a preservação do local do crime, o legislador, com vistas a aperfeiçoar o zelo pela custódia da prova, trouxe à lume a lei nº 13.964/2019, onde em seu bojo fez constar o seguinte:

Art. 158-A. 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 descarte.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

Antes do advento da referida lei, o que ocorria é que as provas eram utilizadas, primordialmente na fase inquisitorial, porém, na fase da persecução penal, infelizmente, muitas provas acabavam se perdendo, ou por falta de local apropriado para acondicioná-las, o que por si só não se justifica, pois os lugares atuais são os mesmos, porém, hoje há uma imposição legal mais impositiva ou, ainda, por descuido do responsável pela sua custódia, oportunizando, assim, a ocorrência de até mesmo furtos e roubos de provas<sup>171</sup>.

“Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo,

---

<sup>171</sup> Grupo rende zelador, invade fórum e rouba armas que estavam guardadas em sala de provas de crimes na Bahia - Situação ocorreu na cidade de Itapetinga, no sudoeste do estado. Após a ação, criminosos fugiram em dois carros. Por G1 BA22/01/2018 13h59.

Fonte: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/grupo-rende-zelador-invade-forum-e-rouba-armas-que-estavam-guardadas-em-sala-de-provas-de-crimes-na-bahia.ghtml>.

informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contra perícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.”

É de meridiana clareza que a coleta da prova deve ser minuciosa, a fim de não haver apreensão de inúmeros documentos e materiais que não dizem respeito ao propósito da ação cautelar, caso contrário, haverá enorme dispêndio de recurso humano e tecnológico com resultados pífios.

Posteriormente, após as provas serem coletadas, deverão seguir necessariamente algumas etapas, cujo desrespeito poderá anular todo o processo.

Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

§ 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.

§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização.



Entretanto, a cadeia de custódia requer que todos os participantes tenham total controle no seu manuseio, vale dizer, desde a apreensão realizada pelos integrantes das polícias, estando incluídos os componentes do GAECO, bem como aqueles responsáveis pela análise pericial (Secretaria de Segurança Pública, Poder Judiciário, Ministério Público etc.), até que advenha uma decisão judicial, sob pena, caso não o façam, de ensejar nulidade, senão vejamos o que dispõe o Código de Processo Penal:

“Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

§ 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

§ 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam.

§ 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.

§ 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação.

Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer. Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.”

Atualmente há recursos de “Tecnologia da Informática – TI”, os quais conseguem, à guisa de exemplo, baixar dados sem que haja a necessidade de levar inúmeros computadores de uma repartição pública ou de determinado

estabelecimento privado para serem periciados, o que, às vezes, caso venha ocorrer, poderá causar a paralisação de um município ou empresa, daí a importância do reconhecimento e análise serem realizados por pessoas que estejam inseridas no caso *in concreto* e acompanhadas de alguém de TI.

## **10 CONCLUSÃO**

As provas são fundamentais para a persecução processual penal, porquanto são elas que estabelecerão os limites que o Estado-Juiz poderá percorrer para proferir sua decisão.

Outrossim, não se pode olvidar que o Estado Democrático de Direito não autoriza, certamente, a obtenção de provas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF/88) ainda que o fim seja para se alcançar a almejada justiça, não obstante haver, por exemplo, entendimento na legislação italiana no sentido de que haja aceitação da prova derivada da prova ilícita em alguns casos específicos.

A novel Lei n. 13.964 de 24 de dezembro de 2019 trouxe à lume um grau maior de importância à cadeia de custódia, o que, ao nosso sentir, fará com que a persecução penal diminua sobremaneira as arguições de nulidades.

São direitos fundamentais o devido processo legal, a ampla defesa e o princípio da inocência, logo, todos deverão buscar provas considerando estes princípios e outros assegurados constitucionalmente, entretanto, quando estivermos diante de Organizações Criminosas e Facções, entendemos que o direito à intimidade e à vida privada deverá ser relativizada, sob pena do Estado perder o controle da segurança pública e gerar insegurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. **“História Constitucional do Brasil”**, editora OAB, 5. edição, Rio de Janeiro/RJ, 2002.

BELTRAN CASTRO, Rene Alexander. **O narcotráfico na fronteira da Colômbia e Brasil: um olhar dicotômico entre segurança pública e nacional**. Rio de Janeiro: ESG, 2016.

BRASIL. Casa Civil. **C Civil promulga a Convenção das Nações Unidas contra o crime Organizado Transnacional**. Decreto 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004) Acesso em: 22 jan. 2018.

D’ANGELO, Élcio Félix e SANTOS, Marco José dos. **O Controle das Fronteiras e a Violência Urbana no Brasil**. Brasília: ESG, 2017.

DE OLIVEIRA, EUGÊNIO PACELLI. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2010.

LEIMGRUBER, Mônica e TORRES, Eli. **O Estado penal e a organização criminosa “Primeiro Comando da Capital – PCC” no Brasil**. In: TORRES, Eli e MACIEL, Gesilane (Org.) **Prisões, violência e sociedade: debates contemporâneos**. 1. Ed. Jundiaí, SP: Paco, 2017.



# O PROPOSTO APERFEIÇOAMENTO DA LEGISLAÇÃO PENAL E PROCESSUAL PENAL PRÉVIO A ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO E A PREVISÃO LEGAL DE GARANTIA DE UMA “CADEIA DE CUSTÓDIA”

Luciano Anechini Lara Leite<sup>172</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa trazer considerações críticas à previsão legal de cadeia de custódia da prova cotejando a realidade fática enfrentada na rotina forense e consequências para a investigação e para o processo penal bem como propor interpretação e melhor entendimento do instituto que agora resta alcançado por modificação do atual Código de Processo Penal e que pode ser repetido no Projeto de Lei de alteração do Código de Processo Penal.

**Palavras-chave:** Investigação - Inquérito Policial – Cadeia de Custódia – Aperfeiçoamento - Legislação Penal – Legislação Processual Penal - Lei n. 13.964/19 – Projeto de Lei n. 8.045/2010.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Análise dos dispositivos. 3. Breve relato da realidade forense. 4. Implicações da aplicação imediata do Instituto 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Estabelece o atual artigo 6º, inciso I, do Código de Processo Penal, bem como o art. 13, inciso I do Projeto de Lei 8.045/2010 da atual redação na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei de alteração do CPP que a Autoridade Policial ao tomar conhecimento da prática de um delito deverá se dirigir ao local do crime garantindo que não haja alteração do estado e conservação das coisas relacionadas a esse, na chamada preservação do local do crime, para a chegada dos peritos.

Com o advento da Lei n. 13.964/19, que se propõe a aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, promulgada em 24 de dezembro de 2019 com período de *vacatio* de 30 dias, essa disposição passa a ser obrigatoriamente lida como “dirigir-se ao local, providenciando que não se alterem o estado

---

<sup>172</sup> Promotor de Justiça Criminal no Estado de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Público. Pós-Graduado em Ciências Criminais, Mestre em Garantismo pela Universidade de Girona/Espanha. Ex-integrante do GAECO/MS. Professor de direito penal e processo penal no curso de pós-graduação da Escola de Direito do Ministério Público. Professor de Pós-graduação em Balística para Operadores de Direito na Universidade Católica/SC.

e conservação das coisas, até a chega dos peritos criminais, que deverão garantir a cadeia de custódia dessas nos termos estabelecidos pelos artigos 158-A a 158-F”.

Assim, não apenas a preservação do local para a chegada da perícia deverá ser atendida pela força policial que primeiro alcançar o local do delito, mas também preservá-lo<sup>173</sup> até a chegada da Autoridade Policial e providências para a coleta e tratamento dessa prova pela perícia, agora a legislação processual estabelece ainda requisitos e formalidades para obtenção dessa materialização do delito em apuração com a localização e tratamento dos vestígios na cadeia de custódia legalmente definida.

Certo é que não havia uma padronização oficial até então e poucos Estados regulavam a matéria da cadeia de custódia, tão importante para a garantia de efetivação dos resultados obtidos através da prova técnica, visando auditabilidade desta por meio de rastreabilidade, cronologia da sua produção e identificação de todos os que mantiveram com ela contato e em que contexto esse contato se realizou.

Mais do que mera cadeia de custódia, lhe importa a cadeia de posse, *chain of possession* do direito americano assim descrito por Weston e Lushbaugh “*continuity of possession – the chain of possession – must be established when evidence is proffered in court as an exhibit. (...) the evidence shall not be disturbed until its location and nature can be brought to the attention of the responsible investigator (...) any deviation from standard procedures in processing physical evidence can affect credibility and contribute to a reasonable suspicion in the minds of the triers of fact about the entire police investigation*”<sup>174</sup>.

Trata-se, pois de controle e apuração de quem, como, onde e porque teve contato com essa evidência, preservação de registros de todas as suas manipulações e utilizações e indicação de todos os responsáveis por tais atos.

Além disso, importante acrescentar que os métodos utilizados para a análise desses vestígios também deveria ser instrumentalizado de forma a padronizar também as técnicas de processamento e análise, de modo a permitir fiscalização e questionamento de validade, eficiência e proficiência dos métodos empregados, profissionais utilizados, equipamentos, insumos, tudo

<sup>173</sup> A Lei n. 13.964/19 fala em conduta equiparada a de fraude processual promover qualquer alteração na cena do crime ou nas suas evidências, artigo 158-C, parágrafo segundo.

<sup>174</sup> in Weston, Paul B. and Charles A. Lushbaugh, *Criminal Investigation*, 11. ed., Pearson Prentice Hall, páginas 12 a 13, em tradução nossa “continuidade da posse – cadeia de posse – deve ser estabelecida quando uma evidência é apresentada em juízo como uma prova. (...) a evidência não deve ser mexida até que sua localização e natureza possam ser levadas à atenção do investigador responsável (...) qualquer desvio do procedimento padrão de processamento de evidências físicas pode afetar a credibilidade e contribuir para uma dúvida razoável nas mentes dos julgadores sobre toda a investigação policial.

envolvido com a produção da prova técnica pericial, não tendo avançado nesse sentido o legislador, mas não havendo empecilhos para que a regulamentação da matéria não contemple esses pormenores também de suma importância para a padronização da matéria como pretendida pelo legislador.

A cadeia de custódia para os profissionais técnicos é entendida como uma série de atos interligados, sem deixar lacunas, visando a segurança e a confiabilidade do processo em que os vestígios estão submetidos. Todos os atos podem ser registrados com os nomes dos profissionais que preservaram o local e os que manusearam os vestígios, desde sua fixação, busca, coleta, transporte, envio, recebimento pelos órgãos de Perícia Oficial e armazenamento onde toda história pode ser catalogada situando todo processo de produção no tempo e no espaço, conforme destaca Marinho.

Mais do que possibilitar questionamentos da defesa e refutação da prova produzida através da análise da evidência obtida, a cadeia de custódia é garantia da fidedignidade do achado e demonstração efetiva que a certeza decorrente da prova pericial dele decorrente e está apoiada em cumprimento de normas técnicas e reprodução sem contaminação ou descontinuidade da certeza de imutabilidade desde seu achado até seu processamento e descarte.

Na busca da verdade, ou maior aproximação desta, para tentar-se reproduzir o fato investigado, o estabelecimento de procedimento rígido para controle das evidências é garantia de lisura da prova obtida, e efetivação da convicção dela decorrente, mais firme e positiva.

## 2 ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS

Assim definiu<sup>175</sup> a novel legislação o instituto: 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 descarte, estatuinto:

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

- I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;
- II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;
- III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme

<sup>175</sup> Art. 153-A da Lei 13.964/19

se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contra perícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

Segue assim a lei na descrição dos dez momentos que cria nos quais se desdobra a cadeia de custódia como sendo reconhecimento, isolamento,



fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte, iniciando-se com a preservação do local do crime o que é sabido nem sempre ocorre) ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais sejam detectados vestígios existentes, conceituando ainda o que seriam vestígios, no parágrafo terceiro, não sem antes estabelecer a responsabilidade pela preservação deste pelo agente que o reconhecer<sup>176</sup> como de interesse para a apuração do caso no parágrafo anterior.

Prossegue o artigo 156-C estatuidando que a coleta<sup>177</sup> deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, o que é de todo salutar eis que não há perito oficial disponíveis a todas as delegacias de polícia do país (muitas sequer possuem delegado de polícia) e a falta dessa previsão poderia desde logo gerar questionamentos quanto a validade de eventuais vestígios coletados por agente público outro que não o perito criminal, o que em verdade será a regra de atuação na grade maioria das ocorrências, em que o agente policial não perito oficial será o responsável pela coleta.

Está prevista ainda necessidade de regulamentação pelos órgãos centrais de perícia oficial de natureza criminal o detalhamento da forma com que o cumprimento das previsões legais de preservação da cadeia de custódia, do que um relatório deverá ser criado e padronizado com especificação pormenorizada e detalhada dos envolvidos, etapas cumpridas, data, horário, local e identificação dos responsáveis, em memória discriminada de todos os dez eventos estabelecidos na cadeia de custódia ora criada, sob pena de questionamento de sua integridade/validade o que discutiremos a seguir no tópico seguinte.

O artigo 158-D preceitua a necessidade de adequação de recipientes para a natureza do material coletado como vestígio, estabelecendo a obrigatoriedade de lacres numerados individualizados (e auditáveis acrescento), garantindo inviolabilidade, idoneidade, preservando-o de contaminações, vazamentos ou perdimento do material coletado, transportado e analisado, sendo resistente o bastante e passível de armazenamento, além do que deverá conter espaço adequado para preenchimento e registro das informações sobre o conteúdo, ao que adiciono ainda menção ao procedimento relacionado, número dos autos, partes ou seja, deverá ser etiquetado de forma a possuir as informações todas necessárias a seu processamento.

Estabelece ainda a legislação que o lacre somente poderá ser rompido pelo perito e motivadamente por pessoa autorizada, devendo tais situações constarem de relatório pormenorizado da ação (data, hora, local, matrícula do responsável e finalidade do rompimento) completando a formalidade a colocação do lacre rompido no novo recipiente que englobará o anterior, o lacre rompido e será novamente lacrado e registrado.

<sup>176</sup> O reconhecimento descrito no inciso I, do artigo 158-B, primeira fase da cadeia de custódia criada.

<sup>177</sup> Coleta é a quarta fase da cadeia de custódia, conforme artigo 158-B, inciso IV.

Só isso já bastaria, não fosse a carência de peritos e de institutos criminais nas Comarcas, a demonstrar a absoluta ausência de discussão do instituto criado uma vez que a realidade da imensa maioria das Comarcas é mesmo de ausência de papel para imprimir os laudos e de tinta de impressora para a sua realização pelos peritos oficiais, que se o diga existem envelopes padronizados, invólucros, recipientes específicos e apropriados de coleta e armazenamento dos vestígios e mais, lacres auditáveis e etiquetáveis substituíveis a toda abertura do envelope/ recipiente da prova analisada, o que não condiz com a estrutura das perícias, em regra geral, do país e poderá inviabilizar o cumprimento da legislação num futuro próximo no Brasil.

Além do óbice ausência de pessoal e material para a coleta há ainda a obrigatoriedade de criação de uma Central de Custódia por todos os Institutos de Criminalística destinada a guarda e controle dos vestígios, em espaço seguro e adequado, tendo tamanha força a sua existência e manutenção pelo Estado que, caso esta não possua espaço ou condições de armazenamento, nos termos da novel legislação, somente a Autoridade Policial ou Judiciária poderão determinar a requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial, o seu depósito em local diverso.

Assim criou a lei em seu artigo 158-E o maior óbice para a efetiva implementação da cadeia de custódia na forma com que estabelece ao determinar a criação da Central de Custódia bastante para a manutenção destes vestígios, o que demanda espaço físico, estrutura, mobiliário, equipamentos, que nenhum Instituto de Criminalística possui atualmente e por óbvio não o terão em 30 (trinta) dias do período de vacância da lei nem mesmo nos próximos 30 (trinta) meses se contarmos regulamentação unificada da lei, discussões de diferenças entre os Estados, adequação da legislação, licitação de projeto de construção, apresentação do projeto, licitação da obra, etc.

Sem necessidade de enxertos e de utilização de artigos numerados seguidos de letras para sua inclusão, deve haver replicação destes artigos no Projeto de Lei uma vez que se trata de legislação recém promulgada e ainda vacante, o que demonstraria melhor organização e contemplação dos anseios populares, já que a legislação como a atual em período de *vacatio* se mostra inaplicável.

### **3 BREVE RELATO DA REALIDADE**

A maioria dos municípios não possui sequer uma Delegacia de Polícia, não sendo incomum um Delegacia de Polícia atender mais de um município e nestas não há por vezes Delegado de Polícia titular lotado, que se o diga possuem cada município ou Delegacia de Polícia peritos oficiais bastantes para a realização dos procedimentos criados para a cadeia de custódia,

e mesmos nos Estados da Federação em que não há sujeição da Perícia Criminal a Autoridade Policial, esses Órgãos autônomos não estão presentes em número mínimo suficiente para a nova demanda.

Além disso não possuem os Institutos de Criminalística, em sua grande maioria, condições mínimas de funcionamento, seja por ausência de peritos criminais bastantes, seja pela absoluta falta de equipamentos e estrutura básica de trabalho, sendo fato que peritos se utilizam, no mais das vezes, de equipamentos pessoais ou doados por instituições outras do Sistema de Segurança ou entidades particulares, para a efetivação do seu mister.

Até cartucho de impressora e papel não são incomuns de serem doados para a persecução dos trabalhos e não impedimento da sua efetivação, do que no prazo estabelecido e ainda sem regulamentação de como será realizado o trabalho de coleta e cumprimento da cadeia de custódia, tem-se que não poderá ser aplicado o novel legal instituto.

Não há sequer, em regra, padronização de computadores e equipamentos básicos do que nos parece questionável a efetivação nos trinta dias de vacância de um protocolo de atuação por perícias criminais tão desestruturadas e de tão distante realidade de trabalho, como por exemplo a da Polícia Federal e a das Policiais Cíveis dos Estados, do que a previsão na forma com que realizada poderá redundar em discussões sobre validade das provas apresentadas, validade e efetivação da perícia produzida sem respeito aos hoje inalcançáveis requisitos legais.

Mesmo sem o rigor estabelecido de manuseio, utilização e aproveitamento dos vestígios hoje encontrados de interesse a uma investigação, no mais das vezes uma perícia pode demorar até 600 dias para ser concluída, do que a obrigatoriedade e burocracia criadas poderão alargar em muito esse prazo, inviabilizando a intenção de persecução penal.

Uma perícia em um celular protegido por senha pode demorar hoje até um ano dada a inexistência de equipamentos e técnicos para a sua utilização na maioria dos Estados da Federação, não se consegue implementar um banco de dados para análise de DNA de crimes violentos e criminosos condenados por tais delitos desde 2013 mas busca agora o legislador, em 30 (trinta) dias, alterar toda a lógica da coleta e processamento dos vestígios no direito brasileiro sem se falar em um real em investimento ou previsão orçamentária existente para se investir na perícia.

O último grande estudo realizado sobre a perícia criminal no país foi realizado pelo Ministério da Justiça que lançou em 2012 o resultado, no que chamou de Diagnóstico da Perícia Criminal do Brasil, apurando que havia naquele momento 4925 peritos trabalhando nos 27 Estados da Federação, dos quais 2815 lotados nas capitais respectivas, bem como 2279 dos quais 1020

estavam também nas capitais, o que demonstra que o interior do país não possui profissionais suficientes para a realização do trabalho pericial.

Apurou-se ainda que quanto a estrutura física que em 2012 as capitais brasileiras possuíam 27 unidades de criminalística sendo que São Paulo respondia pela metade, 27 destas, o Rio de Janeiro possuía 2 e as demais capitais uma cada e além destas havia 278 unidades espalhadas pelo interior do país, Minas Gerais com 61, São Paulo com 51 e os demais Estados com menos de uma dezena em média cada, do que é fato que a esmagadora maioria das regiões não tem sequer uma unidade de criminalística disponível.

Não obstante a pesquisa datar de 2011-12 fato é que pouco se avançou na questão da estrutura física, de pessoal e de equipamentos na área pericial no período ao que se adiciona a recessão econômica vivida entre 2014-16 e as medidas políticas de não aumento de gastos com pessoal e concursos sinalizam que os dados atuais não devem ter tido grandes modificações, além do que não houve estudo atualizado para a implementação das mudanças aplicadas pela nova legislação.

No momento em que se fala na imprestabilidade da prova produzida no Inquérito Policial que não poderá mais sequer acompanhar a denúncia exceto quanto as provas irrepetíveis e sendo a prova pericial uma dessa categoria de provas, a criação da cadeia de custódia na forma com que estabelecida e nas condições de pessoal e de equipamentos atual da esmagadora maiorias dos Institutos de Criminalística é suicídio legal e pá de cal na Justiça criminal como conhecemos, abrindo-se por completo as portas para a impunidade e ineficiência da Justiça.

Diante do exposto, não pode ser entendida como auto-aplicável a regra da cadeia de custódia enquanto não forem regulamentados os procedimentos para a sua aplicação padronizada, seja para aplicação pelo perito criminal seja para aplicação pelo profissional da segurança pública que lhe faça as vezes no caso (regra) de ausência, o que deve ser feito a nível nacional para cumprimento em todos os Estados da Federação por se tratar de matéria de prova e não pode haver distinção entre as unidades federadas.

Tais necessidades devem ser atentadas pelo legislador ordinário para, em contemplando o novel instituto legalmente criado da cadeia de custódia, também o fazer com prazo mínimo de adaptação do instituto, organização das unidades federativas aos imperativos legais e condições orçamentárias previstas para investimento e condição para cumprimento dos ditames legais.

#### 4 IMPLICAÇÕES DA ATUAL PREVISÃO (E POSSÍVEL REPETIÇÃO NO PROJETO LEI DE NOVO CPP)

Interessante é a questão do cumprimento das formalidades integral ou parcialmente e as consequências do seu não cumprimento integral ou parcial na apuração dos vestígios, podendo esse descumprimento integral gerar tanto a nulidade da prova produzida como o descumprimento parcial dos regramentos poderá ensejar a anulabilidade ou questionamento da extensão da força probante quando a defesa conseguir demonstrar o prejuízo que aquela formalidade ou ato desrespeitado ensejarem.

Desde já e dada a realidade brasileira tem-se que não se pode cogitar nulidade automática e imediata de qualquer alegação de descumprimento das formalidades criadas eis que, por todo o até agora exposto, já demonstrada sua impossibilidade de efetivação em futuro próximo, nos exatos termos da lei.

Cabe notar que estando regulamentada a questão legalmente poder-se-ia dizer em prova ilegal quando houver realização de perícia em vestígios sem qualquer dos requisitos estabelecidos, o que também não condiz com a realidade, não se tratando de ilegalidade de prova, mas sim de eventual anulabilidade, questionável por tanto, dada não formalidade estrita do manuseio dos vestígios do delito.

Nos Estados Unidos, país com tradição em regras de cadeias de custódia de evidências, nem mesmo eventual ausência de preservação de evidência para contra prova ou teste pela defesa gera, por si só, anulação ou prejuízo para a demonstração gerada por aquela descoberta.

Ainda que o *Due Process Clause* determine que o Estado mantenha material de evidência que se comprove útil para a defesa, ainda que violando o direito a devido processo do acusado pela regra *Brady*, a apresentação do laudo é mais importante que a preservação da evidência<sup>178</sup>, conforme ensina *California v. Trombetta (S.Ct.1984)* e *Arizona v. Youngblood (S.Ct. 1988)* e mais recentemente *Illinois v. Fisher (S.Ct.2004)* em que a completa destruição das evidências de drogas encontradas numa fiscalização de rotina em abordagem de veículo não feria o devido processo legal após 11 anos do fato uma vez que o acusado estava foragido no período e a polícia seguiu protocolo de descarte da evidência.

Assim, tem-se que até em ordenamentos onde a tradição de cadeia de custódia já está há muito regulamentada e presente nas decisões judiciais há mitigação das regras e atenuação das consequências no caso de descumprimento havendo boa-fé do Estado na destruição ou não

<sup>178</sup> In CAMMACK, Mark E., Norman M. Garland, *Advanced Criminal Procedure*, Thomson West, 2006, página 136/137.

cumprimento pleno de formalidades com a evidência e não demonstração de prejuízo sensível para o acusado, tem-se que o Brasil deveria desde logo criar regra adequando o Instituto a nossa realidade e prevendo consequências de eventual descumprimento.

Tendo essas breves considerações sido levantadas, fatalmente a quase esvaída *vacatio* de 30 dias não é bastante sequer para a adequação dos Estados a padronização e regulamentação do instituto, do que havendo necessidade de construção das Centrais de Perícia inclusive, a extensão do período de *vacatio legis* é obrigatória e deve ser mesmo antes do término do transcurso de seu prazo inicial de 30 (trinta) dias se esgotar.

Diante de todo o exposto a suspensão do instituto com a criação de regra de vacância de alguns anos e implementação de políticas públicas no sentido de viabilizar a aplicação do Instituto nos termos do que foi criado são necessidade premente sem a qual dificilmente haverá formulação de denúncias criminais doravante.

## 5 CONCLUSÃO

Assim como inúmeros outros pontos questionáveis e inaplicáveis na prática, a mini reforma que visava aperfeiçoamento e melhorias da aplicabilidade da legislação em verdade, por falta de melhor discussão, conhecimento da realidade e enfrentamento dos verdadeiros gargalos processuais, acabou por criar uma enormidade de entraves, questões menores que poderão gerar questionamentos das mais variadas ordens e até nulidades de provas e inviabilização da persecução penal em razão da imprestabilidade da prova obtida.

Ao firmar-se o instituto legal e processualmente em dispositivos do Código de Processo Penal engessou o legislador a persecução penal ao inviabilizar, ao menos momentaneamente, a coleta de provas de acordo com seus ditames legais, por absoluta impossibilidade de cumprimento do estabelecido em futuro próximo.

O reforço dos paradigmas e preceitos legais para uma mais padronizada e conferível análise de evidências coletadas é digno de elogios e necessário para reforço e maior grau de certeza na reconstrução dos fatos em apuração, mas a realidade Brasileira e das perícias criminais estatais não estão a permitir a sua implementação na forma com que estabelecido, não sem muito investimento em estabelecimentos adequados, equipados e bem servidos de peritos criminais cuja escassez é notória no país.

O Projeto de Lei em comento, visando promover a alteração completa do Código de Processo Penal não deve cometer o mesmo erro

que a modificação para “aperfeiçoamento” está realizando, uma vez que ao criar o instituto, repita-se, louvável do estabelecimento de critérios para a implementação de efetiva cadeia de custódia no processamento de evidências nos processos penais, permitir também prazo e condições para sua efetivação sob pena de esvaziar por completo a produção da prova e inviabilizar a prova de materialidade delitiva e por conseguinte a oportunidade de oferecimento de denúncia pela prática de crimes, encerrando as atividades da Justiça criminal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.045/2010. **Institui o Código de Processo Penal**. Disponível em: [camara.leg.br/proposicoesweb](http://camara.leg.br/proposicoesweb). Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Diagnóstico das Perícias Criminais no Brasil do Ministério da Justiça de 2012**. Disponível em: [https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos\\_diversos/2diagnostico-pericia-criminal.pdf/view](https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos_diversos/2diagnostico-pericia-criminal.pdf/view). Acesso em: 13 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de setembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 10 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 10 jan. 2020.

BUSSADA, Wilson, **Prova Pericial Criminal interpretada pelos Tribunais**, 3. ed., Editora Edipro, 2003.

CAMMACK, Mark E., Norman M. Garland, **Advanced Criminal Procedure**, 2. ed., Thomson West, 2006.

MARINHO, Girlei Marinho, **CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PERICIAL**, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9024/RELAT%C3%93RIO%20COMPLETO%20DEFESA.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 jan. 2020.

WESTON, Paul B. and Charles A. Lushbaugh, **Criminal Investigation**, 11. ed., Pearson Prentice Hall, 2011.



## OS PROCEDIMENTOS NO PROJETO DE LEI DO NOVO CPP (PL 8045/2010)

Radamés de Almeida Domingos<sup>179</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa analisar o Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “CÓDIGO DE PROCESSO PENAL”, especial e enfaticamente no tocante aos procedimentos e ritos em suas disposições gerais. A referida proposição açambarca, como fundamento genético de medida legiferante, a atualização normativa, notadamente em face do impacto gerado pelo advento ulterior da Constituição Federal de 1988 em relação ao Código de Processo Penal de 1941<sup>180</sup>, em vigor, que, *ipso facto*, determinou a releitura da vetusta legislação, altivando a premência na conformação dos vetores fundamentais e base principiológica negativa<sup>181</sup> da *Lex Legum* com a tutela da persecução penal efetiva. Nessa toada, ressumbra pertinente o exame das feições textuais e sua acomodação harmônica em meio ao Projeto de Lei como um todo.

**Palavras-chave:** Procedimentos – Disposições Gerais e Procedimento Ordinário – Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Das disposições atinentes ao procedimento ordinário previstas no atual Código de Processual Penal de 1941 e as alterações trazidas pela Lei n. 11.719/2008. 3. O Procedimento Ordinário previsto no Projeto de Lei n. 8045/2010. 4. Aspectos positivos e negativos (ou disparatados) da Proposição de alteração procedimental penal. 5. Conclusão. 6. Referências.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Procedimento, em linhas gerais, é o nome dado à sequência de atos que devem ser praticados em juízo durante o tramitar da ação. Ou seja, procedimento é a marcha ordenada de atos processuais; a sequência como se desenvolve o processo com seus rituais, do início ao fim.

Em face do princípio constitucional do devido processo legal, esses ritos processuais devem ser previstos em lei, de modo que as partes, previamente,

---

<sup>179</sup> Promotor de Justiça do MPMS. Especialista em direito tributário pela UNIDERP. Ex-analista e ex-assessor jurídico do TJMS.

<sup>180</sup> Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

<sup>181</sup> Segundo JELLINEK, em sua Teoria dos Quatro Status dos direitos fundamentais, o *status negativo* implica no reconhecimento de que o indivíduo, por possuir personalidade, dispõe de um espaço de liberdade diante das ingerências dos Poderes Públicos.

saibam a forma como os atos se sucederão, evitando que, por assim dizer, sejam surpreendidas.

Gize-se que, por se tratar de matéria de ordem pública, as partes não podem se compor e, de comum acordo, adotar procedimento que entendam mais eficiente ou célere, sob pena de nulidade da ação penal. Pela mesma razão, não é dado ao juiz abreviar o procedimento ou alterá-lo, pois estaria impingindo vício à ação penal.

Altiva-se, à vista da própria definição, a finalidade utilitária do procedimento em relação ao processo, na medida em que a disciplina do desencadeamento lógico dos atos se dá com uma finalidade pragmática primacial, qual seja, a entrega da tutela jurisdicional.

Infere-se, nesse quadrante, que a garantia do direito de ação (princípio da inafastabilidade da jurisdição) em sede constitucional<sup>182</sup> abarbou, em determinada dimensão, o Poder Judiciário, que, em termos estruturais e funcionais, (ainda) não está adequadamente apto ao vultoso número de demandas que lhe são trazidas à apreciação.

Nessa toada, reconhecida a necessidade inarredável de entrega da tutela jurisdicional em tempo módico, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, inseriu-se formalmente no texto constitucional a garantia da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5.º, LXXVIII<sup>183</sup>, e art. 7.º da EC n. 45/2004).

Desse modo, assomou-se relevante a dotação de instrumentos e mudança de azimute, com o fito de outorgar concretude ao referido princípio da razoável duração do processo, não só no aspecto de compleição normativa, mas, sobretudo, de comportamento anímico do Poder Legiferante e agentes processuais, por assim dizer.

Como exemplo dessa manifestação em sede normogenética, puxa-se à ribalta o concitado na Exposição de Motivos do CPC/2015 (Lei n. 13.105/2015), ao gizar que “a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de Justiça”.

Nessa contextura, levando-se em conta que o vigente Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/1941) possui mais de 72 (setenta e dois) anos, de forma que, conquanto permeado de pontuais modificações implementadas ao longo de sua vigência, é, em termos gerais, vetusto e decrépito, além de estar em descompasso com o plexo valorativo trazido pela própria Constituição Federal de 1988. Daí, tem-se que as respostas sociais calcadas nesse digesto de formas penais desatendem a determinadas

<sup>182</sup> O inciso XXXV do art. 5.º da CF/88 estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>183</sup> **Art. 5º, LXXVIII** - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

expectativas, sobretudo as hauridas das predominantes e hodiernas condutas criminais.

Diante disso, e com a finalidade de adequar nossas leis à conjuntura da sociedade da época, deflagrou-se, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 8045/2010, que tem por objetivo reformar o Processo Penal Brasileiro com a instituição de um novel Código de Processo Penal. Para além disso, visa tornar o sistema processual mais moderno, eficiente e harmônico, especialmente, em relação aos pontuados vetores preconizados pela Constituição Federal de 1988.

Esse mote ideológico, aliás, consta da própria justificativa da proposição de modificação legislativa, assim plasmada:

O Código de Processo Penal em vigor data do Estado Novo, estado autoritário, indissociavelmente ligado ao ideário fascista. De lá para cá, quatro constituições se sucederam em nosso país. Consequentemente, a lei processual penal tornou-se, cada vez mais, descompassada dos preceitos constitucionais. No decorrer desse tempo, alterações pontuais foram feitas e, como tais, trouxeram perda de rendimento ao sistema porquanto carentes da devida ancoragem sistêmica. Por sua vez, a Constituição de 1988, concebida em ambiente de reabertura política e democrática, preocupou-se em prevenir a repetição dos excessos cometidos na ditadura. O resultado foi um rol generoso de garantias processuais penais, que por vezes tem sido interpretado com exacerbado liberalismo. Diante desta realidade díspar, o desafio que ora nos propomos é o de realizar a ponderação de valores: de um lado a proteção de direitos e garantias fundamentais e do outro a tutela da persecução penal efetiva. Vale dizer, dar instrumentos para que a defesa da sociedade seja concretizada, mas sem nos descuidarmos do devido processo legal e da proteção do investigado, que é, afinal, uma conquista histórica. Não podemos deixar de reconhecer os avanços, se bem que pontuais, das reformas legislativas derivadas do labor da comissão de juristas presidida pela saudosa Ada Pellegrini Grinover: as Leis nºs 11.689/08, que altera dispositivos do CPP relativos ao Tribunal do Júri, 11.690/08, que altera dispositivos do CPP relativos à prova, e 11.719/08, que altera dispositivos do CPP relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos, e a Lei nº 12.403/2011, que altera dispositivos relativos às

medidas cautelares pessoais. Tais contribuições foram, em larga medida, incorporadas ao novo texto. Paralelamente, o Senado Federal convocou uma comissão de juristas que apresentou um projeto global, de Código de Processo Penal. O texto foi aprovado e chegou a esta Casa em 2010.

O Projeto em testilha encontra-se dividido em 06 (seis) livros assim distribuídos: Da Persecução Penal; Do Processo e Dos Procedimentos; Das Medidas Cautelares, Das Ações de Impugnação; Das Relações Jurisdicionais com Autoridade Estrangeira e Disposições Finais.

Nesse eito, o presente artigo tem por escopo percorrer e abordar o procedimento ordinário e suas pretendidas mudanças, notadamente no que diz respeito aos aspectos gerais, além das prognósticas respostas e suas acomodações na contextura atual.

Sem qualquer pretensão exaustiva ou conclusiva, o presente trabalho tenciona se delinear como um contributo para a reflexão sobre a temática, vertendo impressões com o viés de aprimoramento da proposição, especialmente para que sua aplicação reflita os anseios hodiernos da sociedade brasileira.

## **2 DAS DISPOSIÇÕES ATINENTES AO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO PREVISTAS NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSUAL PENAL DE 1941 E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 11.719/2008**

Os procedimentos atuais do CPP são, numa primeira análise, divididos em duas grandes classes: os especiais e os comuns (CPP, art. 394, *caput*). Procedimento especial é aquele disciplinado em leis especiais para a regulamentação de hipóteses tidas por específicas, pontificando regras próprias para sua tramitação (como, por exemplo, o procedimento estabelecido na Lei de Drogas); bem como aquele que, embora previsto no próprio Digesto, conta com regras singulares (como, por exemplo, o procedimento do júri).

Nessa senda, o procedimento comum afeiçoa-se como um rito padrão, basilar e que, *ipso facto*, é aplicado de forma subsidiária. Ou seja, não havendo procedimento especial a ser aplicado ao caso concreto, aplica-se, então, o comum. É, aliás, o quanto preconiza o §2º, do artigo 394, do CPP.

O procedimento comum se subdivide em ordinário, sumário e sumaríssimo, levando-se em consideração, para sua adequada aplicação, a quantidade de pena cominada *in abstracto*, independentemente, nessa estratificação, da natureza da sanção respectiva.

É ainda bem de ver, nesses comenos, que as disposições relacionadas ao procedimento ordinário são aplicáveis subsidiariamente aos procedimentos especiais, sumário e sumaríssimo (BRASILEIRO, 2016, p.1264).

Nesse enfoque, se determinada infração não estiver sujeita a algum procedimento especial, sobre ela incidirá o procedimento comum ordinário, sumário ou sumaríssimo, a depender da quantidade de pena máxima cominada ao delito em apreço.

Na atual sistemática, o procedimento comum será ordinário quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; sumário quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) e superior a 2 (dois) anos de pena privativa de liberdade e sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo, assim compreendidas as contravenções penais e crimes com pena máxima não superior a 02 (dois) anos, cumulada ou não com multa, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Averbe-se que há infrações penais que não estão sujeitas nem mesmo ao critério adrede elencado, como aquelas praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher, as tipificadas no Estatuto do Idoso cuja pena não ultrapasse 4 (quatro) anos, as que atinem a crimes falimentares e, ainda, os crimes previstos na Lei de Organização Criminosa e infrações conexas.

Importante gizar que no ano de 2008 a Lei n. 11.719 implementou modificações substanciais no procedimento comum, o que lhe rendeu o apanágio de “reforma processual de 2008”. Isso porque as mudanças se deram de forma profunda e modificaram, e muito, o procedimento em questão.

Com efeito, dentre tais, destaca-se que a inicial acusatória era oferecida – nos moldes do artigo 41, do CPP –, e daí decorriam duas possibilidades ao magistrado: a rejeição ou recebimento. As causas de rejeição vinham listadas no artigo 43, do CPP, sendo elas: quando o fato narrado não constituísse crime; quando já estivesse extinta a punibilidade pela prescrição ou outra causa; quando fosse manifesta a ilegitimidade da parte ou faltasse condição exigida pela Lei para o exercício da ação penal.

Não fosse o caso de rejeição, o juiz receberia a inicial acusatória, designaria data para o interrogatório e determinaria a citação do acusado – citação esta que, em regra, seria pessoal ou por edital, já que não era prevista a possibilidade de citação por hora certa no processo penal.

Já na audiência, o primeiro ato seria, então, o interrogatório do réu que, logo após, ou no prazo de 03 (três) dias, ofereceria defesa prévia. Esta peça tinha por objetivo a apresentação do rol de testemunhas ou outras provas a serem produzidas pelo increpado, havendo casos em que, inexistindo testemunhas a arrolar, a peça sequer era apresentada. E, apresentada ou não a defesa prévia, procedia-se à inquirição das testemunhas, sendo aquelas arroladas pela acusação inquiridas primeiro. Ademais, era comum que o juiz

designasse duas audiências: uma para oitiva das testemunhas de acusação e outra para as da defesa.

Após, poderia haver requerimentos de diligências e, superada esta fase, seria aberta vista dos autos as partes para o oferecimento das alegações finais, sucessivamente, por 03 (três) dias. Apresentadas, o juiz ordenaria diligências para sanar qualquer nulidade, acaso fosse necessário, e proferiria sentença dentro de 05 (cinco) dias.

Na atual sistemática, e com as alterações entronizadas pela Lei n. 11.719, oferecida a peça acusatória – nos moldes do artigo 41, do CPP -, ao juiz também é dada duas possibilidades: a rejeição da peça acusatória, acaso presente uma das hipóteses dispostas no artigo 395, do CPP ou, ainda, o recebimento dela, com a determinação de citação do acusado para responder à acusação por escrito.

As hipóteses de rejeição vêm elencadas no artigo 395, que dispõe que a denúncia ou a queixa será rejeitada quando for (I) 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.

De outro turno, formalmente em ordem, a inicial será recebida. E, devidamente recebida, deve o juiz determinar a citação do acusado para responder por escrito à acusação, no prazo de 10 (dez) dias. Esta citação será pessoal ou, não sendo ele encontrado, por edital – ocasião em que, não apresentada resposta nem constituído advogado, devem o processo e a prescrição serem suspensos. Em se verificando que o réu se oculta para esquivar-se da citação, cabível, de então, a sua citação por hora certa (*ex vi* da Lei n. 11.719/08).

Encalamistre-se, parenteticamente, que a resposta escrita à acusação não se confunde com a defesa prévia dantes escandida. Isso porque a defesa prévia era apresentada imediatamente após o interrogatório do réu e seu prazo de apresentação era de 03 (três) dias. Poderia ser apresentada pelo próprio acusado e, como salientado alhures, sua abstenção significava que a Defesa Técnica não tinha testemunhas ou outras provas a apresentar, não se afeiçoando, pois, como peça de apresentação obrigatória; ou seja, não se assomava como ato essencial do processo.

Atualmente, a resposta escrita à acusação é reputada como obrigatória no processo penal. Tem por escopo principal a eventual absolvição sumária, nas hipóteses de atipicidade, excludentes de ilicitude ou culpabilidade, salvo inimizabilidade, ou causa extintiva da punibilidade. Na impossibilidade dessa absolvição, pode o defensor arguir preliminares, oferecer documentos e justificações, especificar provas, enfim, alegar tudo que o que interesse a defesa. É apresentada pela Defesa Técnica, não podendo ser feita pelo próprio acusado.

Apresentada a resposta, caberá ao juiz a análise quanto a absolvição sumária eventualmente alegada (cujas hipóteses vem previstas no artigo 397, do CPP) e, superado este momento, designará audiência de instrução e julgamento (artigo 399).

No procedimento ordinário esta audiência deve ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, enquanto no procedimento sumário o prazo de sua realização é de até 30 (trinta) dias. À toda evidência, tais prazos são impróprios.

Na audiência em questão, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. Nota-se, portanto, que o interrogatório do acusado passou, então, a ser o último ato da audiência. E, ainda, poderão ser requeridas diligências pelas partes. Após, caminha o processo para a fase das alegações finais orais – diversamente do antigo procedimento ordinário, em que as alegações eram apresentadas sempre por escrito.

Primeiro, são apresentadas as alegações orais pelo Ministério Público, por 20 (vinte) minutos prorrogáveis por mais 10 (dez) minutos, e seguidamente a Defesa contará com o mesmo tempo. Caso haja assistente de acusação, seu prazo será de 10 (dez) minutos, acrescido o mesmo tempo à Defesa Técnica.

Como regra, as alegações derradeiras são apresentadas de modo oral. No entanto, em virtude da complexidade da causa ou número de acusados ou, ainda, em caso de requerimento de diligências, há possibilidade de sua substituição pelos memoriais, a serem apresentados em até 05 (cinco) dias, em curso sucessivo. Depois disso, a Autoridade Judicial proferirá sentença, no prazo de 10 (dez) dias.

### **3 O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO PREVISTO NO PROJETO DE LEI N. 8045/2010**

O Projeto de Lei n. 8045/2010, de autoria do Deputado João Campos, traz densas e significativas mudanças ao processo e procedimentos, além de, pela feição e escansão textual, altiva a busca pela efetivação do princípio da celeridade processual e do proêmio constitucional da duração razoável do processo.

De perfunctória análise das disposições gerais e do procedimento ordinário, salta aos olhos uma primeira inovação de supinada envergadura, calcada na elevação do patamar de pena balizador de cada regência procedimental, pela dobra da métrica “anterior”. Dispõe o inciso I, do §3º, do artigo 293 que “o procedimento comum será ordinário quando no processo se apurar crime cuja sanção máxima for superior a 08 (oito) anos de pena privativa de liberdade”. Seguirá o rito sumário “quando no processo se apurar crime cuja pena máxima não ultrapasse 08 (oito) anos de pena privativa de liberdade”.

De igual modo, destaca-se a alocação topográfica do artigo 294, do PL, que, em aperfeiçoamento redacional, estampa as condições de aptidão da peça acusatória e, no seu parágrafo único, estabelece a quantidade de testemunhas a serem arroladas.

No tocante ao rol de testigos, ativa-se, ainda, a possibilidade de desistência de depoimento de testemunha independentemente de anuência da parte contrária (artigo 295, do PL).

Outrossim, tem-se a regra inserta no art. 296, do PL, consistente no dever de constar da peça acusatória, quando for o caso, de fixação do valor mínimo de indenização da vítima.

Um aspecto procedimental relevante trazido pelo PL, ainda que não indene de críticas, vinca-se no estabelecimento claro do recebimento da inicial acusatória que, à luz do artigo 299, do PL, se dará após a oferta da resposta escrita a ser apresentada réu, no prazo de 15 (quinze) dias.

Tal proposição mostra-se pertinente, ao menos no sentido de especificar o momento da decisão, dada a mixórdia gerada, nesse ponto, com o advento da Lei Federal 11.719/2008.

De efeito. Antes dessa reforma, não havia qualquer discussão acerca do momento do recebimento (ou rejeição) da peça acusatória no âmbito do então denominado procedimento comum ordinário dos crimes punidos com reclusão. Isso porque o recebimento se dava imediatamente após o oferecimento da denúncia ou da queixa, desde que não fosse caso de rejeição (revogado art. 43 do CPP).

Sucedee que, com a entrada em vigor da Lei Federal 11.719/08, uma certa polêmica eclodiu especificamente quanto ao momento do juízo de admissibilidade da peça acusatória. Tanto se deu porque o Código, com a redação imposta pela dita normaçãõ ulterior, passou a fazer mençãõ ao recebimento da denúncia ou queixa em duas ocasiões distintas: art. 396, *caput*, e art. 399, *caput*.

De um lado, o art. 396 do CPP, com redação determinada pela Lei Federal 11.719/08, pontifica que, nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. Como se percebe, o dispositivo estabelece o recebimento logo após o oferecimento da peça acusatória, nos mesmos moldes do que ocorria antes da reforma processual de 2008.

De outro lado, o art. 399 do CPP dispõe que, recebida a denúncia ou 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. Como constatável de superficial olhar, o dispositivo também



fala em recebimento, contudo em um momento processual dessemelhante, isto é, após a apresentação da resposta pelo acusado. Ou seja, entendendo-se o art. 399 do CPP como o momento processual correto para o recebimento da peça acusatória, a resposta à acusação prevista no art. 396-A do CPP deveria ser compreendida como espécie de defesa preliminar, já que o acusado teria uma oportunidade de ser ouvido pelo juiz antes do recebimento da denúncia ou da queixa.

Nessa toada, conquanto a orientação dos autores do anteprojeto tenha sido no sentido de se criar uma defesa preliminar antes do recebimento da peça acusatória, não foi esta a sistemática aprovada pelo Congresso Nacional, que modificou a redação do art. 396, *caput*, do CPP, para inserir o “recebê-la-á” antes da manifestação da defesa, com nítida preocupação quanto ao momento de interrupção da prescrição.

O art. 396, *caput*, usa a expressão receber em seu técnico, significando um juízo de admissibilidade da acusação, porquanto presentes elementos de informação que autorizam a deflagração do processo penal. Basta ver que o referido dispositivo dispõe que, recebida a peça acusatória, deverá ser ordenada a citação do acusado.

Por percuciente, calha trazer à fiveleta o escólio de Renato Brasileiro de Lima (2016, p.1270/1271):

Ora, a citação pressupõe, obrigatoriamente, a existência de um processo penal. De fato, se o *caput* do art. 363 dispõe que o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado, como seria possível que a relação jurídica estivesse completa sem que antes tivesse ocorrido o recebimento da peça acusatória? Além disso, como seria possível falar-se em absolvição sumária do acusado sem anterior recebimento da peça acusatória? Portanto, sem embargo de opiniões em sentido contrário, pensamos que o momento processual correto para o recebimento da peça acusatória é o do art. 396 do CPP. Se o art. 399 do CPP torna a mencionar o recebimento da denúncia, há de se entender que o vocábulo recebido foi aí empregado indevidamente pelo legislador, que teria andado melhor se tivesse utilizado a expressão “não tendo ocorrido a absolvição sumária do acusado”.

Nesse enfoque, observa-se que, a despeito de fixado o momento de recebimento da inicial acusatória, após a oferta de resposta escrita,

as inconsistências de ordem técnica processual, didaticamente pontuadas pelo festejado autor, persistem. Mesmo porque, a Jurisprudência da Corte Superior de Justiça remansou-se no sentido de que o recebimento da peça acusatória se dá, malgrado a mixórdia apontada, nos termos do art. 396, do CPP vigente, ou seja, antes da determinação do ato citatório. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FASE DO ART. 396 DO CPP. MOMENTO ADEQUADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que declarou extinta a punibilidade do réu em virtude de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. 2. O Ministério Público Federal aduz que houve o recebimento da denúncia pela decisão proferida no dia 25 de julho de 2011 após a apresentação da defesa prévia do réu, conforme o disposto no art. 399 do CPP. Diz que a decisão proferida no dia 30 de julho de 2009 não é apta para receber a denúncia, eis que não analisou a presença de causas de absolvição sumária. Assim, entende que não houve a prescrição da pretensão punitiva estatal. 3. A decisão impugnada está correta e observou o disposto no art. 396 do CPP, de que, nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação. Portanto, presentes os requisitos mínimos e inexistentes quaisquer das causas citadas no art. 397 do CPP que importem em absolvição sumária, deve haver o recebimento da denúncia. 4. O art. 399 do CPP não prevê um segundo recebimento da denúncia, mas apenas a constatação, após a leitura das teses defensivas expostas pelo réu, da existência ou não de motivos para a sua absolvição sumária. A redação do art. 399 (recebida a denúncia ou queixa) trata-se de um equívoco legislativo, eis que passa a impressão de que a peça acusatória recebida deveria ser recebida por duas vezes, o que não é o caso. 5. **A jurisprudência do STJ entende que “após a reforma legislativa operada pela Lei nº 11.719/2008, o momento do recebimento da denúncia se dá, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal, após o oferecimento da**

**acusação e antes da apresentação de resposta à acusação, seguindo-se o juízo de absolvição sumária do acusado, tal como disposto no artigo 397 do aludido diploma legal (...)**” (RHC 77.676/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 10/02/2017). 6. Correta a extinção da punibilidade do réu pela prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto, no caso, de 02 anos de reclusão, sem o acréscimo da continuidade delitiva, porquanto foi ultrapassado o prazo prescricional de 04 anos (art. 109, V, CP), entre a data de recebimento da denúncia (30 de julho de 2009) e a data da publicação da sentença condenatória (29 de agosto de 2013). 7. Recurso em sentido estrito não provido. (TRF 1ª R.; RSE 0006799-63.2011.4.01.3701; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Néviton Guedes; DJF1 12/09/2018).

À título de friso, nota-se que o prazo para a apresentação de resposta escrita resta ampliado de 10 (dez) dias para 15 (quinze) dias. Deveras, o artigo 297, do PL, dispõe que “oferecida a peça acusatória e não sendo liminarmente indeferida, o juiz mandará citar o acusado e intimá-lo para oferecer resposta escrita, no prazo de quinze dias”.

Restam ainda estabelecidas, no dispositivo, regras atinentes ao prazo de apresentação da peça defensiva em situações de diferentes modalidades de citação, de forma a facilitar, sistematicamente, as suas observâncias, mas que não têm conteúdo diverso da disciplina vigente.

Tocantemente a ampliação de prazos, colhe-se, ainda, o átimo preconizado para a realização de audiência, que passa a ser de 90 (noventa) dias, em face dos 60 (sessenta) dias da redação atual (cf. art. 299, do PL).

Ao largo dessa majoração prazal, o Projeto engendra o inédito **“incidente de aceleração processual”**. Esgotado/desatendido o prazo para a instrução do processo, *i.e.*, 90 (noventa) dias, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, na forma do artigo 299, §4º, do PL, “instaurar incidente de aceleração processual, determinando, se necessário, a prática de atos processuais em domingos, feriados, recessos ou fora do expediente forense”, além da “nomeação de servidor efetivo ad hoc para a realização de atos específicos de comunicação processual e de expediente em geral”.

Para além dessas medidas, com a instauração do propalado incidente, tem-se por possível a tomada de “medidas administrativas cabíveis, inclusive com a designação de magistrado auxiliar”.

Dessume-se, pela tônica legiferante, que tal ferramenta restou forjicada com o escopo de agilizar, abreviar a litispendência (pendência da lide), apressando o andamento processual.

Conquanto demonstre uma preocupação com o vetor constitucional da razoável duração do processo, resta ressumbrado, numa primeira análise, que o Legislador pouco conhece da realidade prática cotidiana, notadamente as vicissitudes corriqueiras que inviabilizam o rápido andamento processual. Nesse afã, parece recorrer ao uso de *pseudo panaceias*, ao burilar um instituto como se condições tivesse de resolver a problemática da morosidade processual pátria que, à propósito, é multifacetária.

Ora, malgrado desbordante dos limites do presente, gize-se a *latere* que a sanatória para a mórula jurisdicional passa, dentre outros, pela redução das desumanas cargas de trabalho a jungir o Poder Judiciário; e não medidas e instrumentos desprovidos de eficácia social, dotados mais de feição promocional do que o pragmatismo que se espera.

Nessa toada, a disciplina de soluções em esfera extrajudicial para crimes não permeados por violência ou grave ameaça, realçando-se a necessária releitura do vetusto (e antiquado!) princípio da obrigatoriedade da ação penal, determinaria, com mais êxito, a almejada redução do tempo de pendência processual penal.

Não bastasse, a *opção* outorgada ao julgador (para instaurar o incidente) entremostra a vocação ao malogro. Primeiro porque se manifestará, nesse cenário, pontualmente e para situações matizadas pela margem de escolha ou eleição subjetivista. Ao depois, porque diante da crescente demanda penal, em números atuais e de modo geral, necessário se avulta, mais do que “domingos, feriados e férias” para a prática de atos processuais, a adoção de medidas que busquem, como apontado, sanar a causa do abarrotamento; e não de meros tratamentos paliativos e de controle unicamente sintomático.

Nota-se, de outro viés, que as causas de absolvição sumária vêm elencadas no artigo 300, do PL, e ocorrerão quando, prescindindo da fase de instrução, quedar reconhecida a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; causa excludente da culpabilidade, salvo quando cabível a imposição de medida de segurança e atipicidade do fato, nos termos e limites em que exposto na denúncia.

De perfunctória análise, colhe-se que a “*inimputabilidade*”, prevista no atual artigo 397, como exceção à absolvição sumária, resta substituída pela previsão de cabimento de “*medida de segurança*”. Por demais, haure-se a supressão da “*extinção de punibilidade do agente*”, prevista no atual inciso IV, do artigo 397, do CPP, do rol em comento.

As disposições relacionadas a audiência de instrução e julgamento vêm previstas de forma semelhante as já existentes, mantendo-se o interrogatório do acusado ao final da instrução, inclusive. Acrescenta-se a indagação do acusado e da vítima acerca da possibilidade de participarem de “*prática restaurativa*”.

Vinca-se, em recidiva, a ideia de audiência uma, mas com a possibilidade de fracionamento do ato em face de eventual exacerbação no número de testemunhas a serem auscultadas.

Nessa hipótese, estabelece o §3º, do artigo 301, do PL, que nessa circunstância, a nova audiência será realizada no prazo *máximo* de 15 (quinze) dias.

A sistemática de diligências permanece a mesma, de modo que poderão ser requeridas pelas partes, cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução, e serão deferidas somente se imprescindíveis à comprovação das alegações da parte que a requereu, fixando-se, para tanto, o prazo de 05 (cinco) dias.

Não havendo diligências ou restando indeferida a sua postulação, acusação e defesa apresentarão suas alegações finais de modo oral, sucessivamente e pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez). Havendo assistente de acusação, seu prazo será de 10 (dez) minutos, prorrogando-se o tempo da Defesa.

Observa-se a regra contida no §3º do artigo 303, do PL, plasmada no tempo dedicado às alegações finais do Ministério Público na ação penal subsidiária da pública, consistente de 20 (vinte) minutos, o que se afigura como novidade.

Sobremais, tem-se a mesma previsão de alegações finais escritas (memoriais), em se considerando a complexidade da causa e o número de testemunhas (art. 303, §4º, do PL), mas sem prejuízo do oferecimento das alegações finais orais.

Salta aos olhos a ampliação do prazo para os referidos memoriais, que passam de 10 (dez) dias para 15 (quinze) dias.

Por oportuno, averbe-se que o Projeto em testilha adotou a mesma linha do digesto processual civil ao dispor, em seu artigo 305, que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por motivo independente da sua vontade, promovido ou aposentado, hipótese em que os autos serão encaminhados a seu sucessor.”

#### **4 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS (OU DISPARATADOS) DA PROPOSIÇÃO DE ALTERAÇÃO PROCEDIMENTAL PENAL**

De modo geral, no que atine à procedimental ordinária, denota-se que os aspectos relacionados as disposições em que inseridos os artigos e seus parágrafos se mostram, em termos estruturais e formalísticos, adequados aos fins sistemáticos almejados, determinando um fluir ordenado, pragmático e concatenado.

Deveras, nessa tônica infere-se um aprimoramento organizacional da disciplina, à exemplo da peça acusatória e suas formalidades, modalidades de citação e seus respectivos prazos para a resposta.

De mais a mais, das mudanças apresentadas no procedimento escrutinado, constata-se que duas alterações se avultam expressivas: a quantidade de pena a balizar o procedimento adotado e a instauração do (novo) incidente de aceleração processual.

Nessa senda, de modo apodítico, crimes para os quais são previstas penas superiores a 08 (oito) anos ostentam elevada gravidade, de forma tal que se mostra adequada uma concatenação de atos a refletir o atendimento e subserviência às garantias e preceitos fundamentais do réu, com maior espaçamento prazal e oportunização dilatada de produção probatória.

É bem de ver que, nada obstante, um reduzido rol de infrações penais se sujeitará ao procedimento ordinário.

De outra banda, o Projeto em referência engendra o incidente de aceleração processual, como mecanismo tendente - ou que tenciona - a agilizar procedimentos que não estejam em consonância com o determinado pela lei.

Por força desse incidente, descumprido o prazo previsto no artigo 299, do PL (qual seja, 90 dias), o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, instaurar incidente de aceleração processual, determinando, se necessário a prática de atos processuais em domingos, feriados, férias, recessos ou fora do horário de expediente forense e/ou, ainda, a nomeação de servidor efetivo *ad hoc* para a realização de atos específicos de comunicação processual e de expediente em geral.

Malgrado a intenção legislativa, como dantes pontuado, a almejada celeridade ou ainda a razoável duração do processo, salvo melhor juízo, não advirá da inclusão de dias *não-úteis* na pauta judiciária, sobretudo sopesada a sistêmica mórula jurisdicional, gerada, em grande monta, pelo volume de demandas trazidas à apreciação.

Nesse eito, de molde a evitar repetições, evoca as razões escandidas alhures no sentido de se nutrir ressalvas em relação ao mecanismo trazido de forma inovadora no Projeto de Lei em alusão.

## 5 CONCLUSÃO

Atualizações e avanços, sobretudo pautados, de um lado, nos vetores constitucionais atinentes e, de outro, na prática e vivência cotidiana são elementares e salutares ao aprimoramento das regras de disciplina dos procedimentos, notadamente a realçar seu caráter utilitarista ao direito material (substancial), sempre com o escopo de efetivação.

Nessa toada, tem-se que o vigente Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/1941) possui mais de 72 (setenta e dois) anos, de forma que, malgrado tenha experimentado pontuais modificações ao longo de sua trajetória, é, em

termos gerais, vetusto e se apresenta, na atual quadra, descompassado com o plexo valorativo constitucional e as expectativas hodiernas.

Diante disso, nessa contextura e mote, exurgiu o Projeto de Lei n. 8045/2010, que tem por objetivo reformar o Processo Penal Brasileiro com a instituição de um novel Código de Processo Penal, visando a sua modernização e eficiência.

Nota-se, à luz dos aspectos escandidos, que essa intenção resta(rá), nos termos em que vazado o projeto em sua versão atual, parcialmente atendida. Isso porque, nessa faina, com a possibilidade de uma modificação substancial e realmente promissora, descortinaram-se alterações tímidas e circunspectas, ao menos no que diz respeito ao procedimento ordinário.

Dessarte, como vaticinado, deixa-se esvaír, ao menos do teor esquadrinhado em sua configuração atual, a oportunidade de verdadeiras e profundas mudanças com o desiderato pragmático da espécie, uma vez que, como “grande novidade” se tem, no estrato analisado, apenas o “incidente de aceleração processual”, cuja finalidade ensimesmada não se mostra auspiciosa e alvissareira, em termos de resposta prático-utilitária.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de setembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 8045, de 2010. **Revoga o Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-Lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis Nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006**. Disponível em: [http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1668776](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776). Acesso em: 20 nov. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches *et alii*. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

AVENA, Norberto. **Processo Penal esquematizado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.



**COMENTÁRIOS ACERCA DAS DISPOSIÇÕES DO PROJETO DE LEI 8.045/2010  
(NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) QUANTO AOS CAPÍTULOS QUE  
TRATAM DA FORMAÇÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO PENAL, E DO  
INSTITUTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO  
(ARTIGOS 288 A 292)**

João Meneghini Girelli<sup>184</sup>

**Resumo:** O presente artigo traz comentários acerca das disposições constantes dos artigos 288 a 292 do Projeto de Lei 8.045/2010, que pretende instituir no ordenamento jurídico nacional um novo Código de Processo Penal em substituição ao atual, exhaustivamente reformado e já antigo. Os artigos referidos inauguram o Livro II que trata “Do Processo e dos Procedimentos”, bem como iniciam e encerram o Título I “Do Processo”. Seus três capítulos trazem disposições quanto à formação e extinção do processo, bem como ao instituto da suspensão condicional do processo. Esse último, que não é novidade entre nós, encontrando-se no direito processual desde o advento da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), passa a ocupar seu lugar devido, o corpo do CPP, na medida em que sua aplicação sempre foi geral, e não limitado àquelas definidas como infrações penais de menor potencial ofensivo. No mais, algumas alterações no instituto foram de fato realizadas, dentre as quais a periodicidade do comparecimento em juízo, a extinção de causas de revogação facultativa, que passam a ser obrigatórias, além da equiparação de efeitos com a homologação do acordo na justiça restaurativa, o qual é novidade do projeto. O capítulo da formação do processo traz inédita disposição acerca do momento em que se considera a ação proposta, bem como as situações de rejeição liminar da peça acusatória (atual artigo 395 do CPP). Já o capítulo da extinção do processo inova ao distinguir as situações em que há ou não a resolução do mérito penal.

**Palavras-chave:** Formação e extinção do processo penal – suspensão condicional do processo – Projeto de Lei 8.045/2010.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. O capítulo “Da formação do processo” no Projeto de Lei 8.045/2010 (artigos 288 e 289) - 2.1. O artigo 288 do Projeto de Lei 8.045/10 - 2.2. O indeferimento liminar da peça acusatória (artigo 289). 3. O capítulo “Da suspensão condicional do processo” no Projeto de Lei 8.045/2010 (artigo 290). 4. O capítulo “Da extinção do processo” no Projeto de

---

<sup>184</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Membro colaborador do GACEP. Máster em Direito Processual Penal e Garantismo pela Universidade de Girona/ES.

Lei 8.045/2010 (artigos 291 e 292) - 4.1. Da extinção do processo sem resolução do mérito (artigos 291) - 4.2. Da extinção do processo com resolução do mérito (artigos 292). 5. Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O atual Código de Processo Penal Brasileiro de 3 de outubro de 1941 foi inserto no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei 3.689/41, decretado pelo então Presidente da República Getúlio Vargas. Mais de uma dezena de leis posteriores, bem como a própria jurisprudência nacional, vieram atualizar e adequar o Código aos novos valores, novas práticas e principalmente à nova Constituição Democrática de 1988. Entretanto, em que pesem as atualizações, um novo código que regule de maneira moderna e eficiente a persecução penal no país, pensado como um todo unitário desde o início, e não remendado a conta gotas conforme a necessidade e conveniência do legislador, ainda é necessário.

Nesses quase 80 anos do CPP 1941 o Brasil mudou muito e com ele os crimes, os agentes estatais que atuam contra a criminalidade e os criminosos. Hoje com mais de 190 milhões de habitantes<sup>185</sup>, em sua maioria urbana, o país contrasta com aquele de 1941, rural, pobre e com meros 40 milhões de brasileiros<sup>186</sup>, os quais se encontravam eminentemente na faixa litorânea do país, o qual, grosso modo, desconhecia seu próprio interior.

O Direito Penal ainda é o instrumento jurídico destinado a tutelar as violações mais intensas aos bens mais importantes do homem, e o Direito Processual Penal o ramo que busca simultaneamente garantir a eficaz aplicação ao criminoso das sanções que o direito material prescreve, sem com isso deixar de respeitar os direitos que se lhe garantem. Ambos, Direito Penal e Processual Penal, convivem numa relação interdependente, pois enquanto o primeiro sem o segundo é mera linguagem; o segundo, sem o primeiro, não possui finalidade e objetivo, constituindo mera formalidade burocrática vazia.

A necessidade de um combate mais efetivo ao crime muitas vezes encontra empecilhos no próprio direito material, com penas insuficientes para tutelar o bem jurídico protegido, tipos penais que não tutelam os bens jurídicos mais importantes da sociedade, retirando o foco dos agentes estatais de uma atuação mais concentrada, ou benefícios gratuitos que retiram dos preceitos secundários o necessário efeito dissuasório. Entretanto, parcela dessa responsabilidade na garantia da segurança pública e proteção dos bens jurídicos mais valiosos é do direito processual penal, pois a grande falha na

<sup>185</sup> <https://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>.

<sup>186</sup> [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/314/cd\\_1940\\_dadosgerais.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/314/cd_1940_dadosgerais.pdf).

prestação do serviço público criminal invariavelmente pode ser diagnosticada como a falta de eficácia na aplicação do Direito Material.

Conforme acima afirmado, os crimes em 2020 não são os mesmos daqueles em 1941. Hoje existe uma tutela penal especial dos vulneráveis – idosos, deficientes físicos e mentais, consumidores, crianças e adolescentes, além da notória conquista social da proteção à mulher com o advento da Lei Maria da Penha (11.340/06) e da tipificação da qualificadora do feminicídio ao artigo (Lei 13.104/15) –, bem como com um arcabouço jurídico, que vem sendo chamado de Direito Anticorrupção, que se põe ao auxílio do combate à grande e complexa criminalidade organizada de colarinho branco, conforme se verifica com o advento das leis que definem os Crimes Contra o Sistema Financeiro (Lei 7.492/86), a de combate à Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98 e 12.683/12) e das Organizações Criminosas (Lei 9.034/95 e 12.850/2013), dentre outras.

Ademais, os crimes, além de não serem os mesmos qualitativamente, também não são os mesmos quantitativamente. E é exatamente nesse ponto que o processo penal urge por um novo Código, pois, sem sombra de dúvidas, pode-se afirmar que o CPP de 1941 não foi (antes das reformas) e não é (depois das reformas) capaz de dar eficazmente o direito a todos os crimes que hoje são praticados. E isso decorre não da falta de capacidade dos atores processuais, mas sim em virtude da incalculável quantidade de crimes que é apurada diariamente<sup>187</sup> – caso se considere a cifra negra do Direito Penal o número aumenta ainda mais.

Os atores, isto é, as partes que atuam na persecução criminal, igualmente muito mudaram. O juiz, terceiro imparcial acima da acusação e defesa, com amplos poderes sobre a liberdade do acusado e sobre o processo, tal como pensado no sistema inquisitivo do CP 1941, agora deve ser pura e simplesmente o terceiro imparcial, que, sem agir de ofício, julga a causa de acordo com a provas produzidas pelas partes. O sistema acusatório, único compatível com a Constituição de 1988, elevou das sombras o Ministério Público, que além de titular privativo da ação penal, passou a realizar o controle externo da atividade policial para que esta produza a justa causa para perseguir em juízo suspeitos de crimes. A Defensoria Pública surgiu para garantir que a tríade processual não reste prejudicada mesmo que diante da impossibilidade

---

<sup>187</sup> No ano de 2016, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública aponta que apenas de roubos e furtos de veículos foram 552.139 ocorrências, delas sendo 273.232 de roubos e o restante de furtos. No ano de 2012, mais recente disponível na ferramenta online, os demais roubos (que não são de veículos) atingiram a impressionante marca de 841.663, que somada a de roubo de veículos daquele ano (202.498), atingem a quantidade de mais de 1 milhão de roubos registrados. Os furtos não se incluem nessa estatística. (<http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/introducao/>)

financeira de o acusado custear sua defesa técnica. E as funções de polícia judiciária e investigativa, exercidas pelos Delegados de Polícia, são de natureza jurídica e não meramente administrativa e material.

Por fim, o criminoso não é mais apenas aquele socialmente excluído que viola os clássicos bens jurídicos: patrimônio, vida e integridade física. Hoje existe uma tutela penal cada vez mais efetiva dos bens jurídicos supra individuais, como meio ambiente, segurança pública e viária, saúde pública e ordem econômico-financeira, isso sem contar a cada vez mais intensa atuação dos órgãos de controle em desfavor dos crimes contra a Administração Pública que, nada obstante possuir vítima individual e concreta, tradicionalmente sofrem de impunidade crônica. Dessa forma, pode-se afirmar que os criminosos de 2020 não são mais “eles”, mas sim “todos nós”, que invariavelmente bebemos e dirigimos, consumimos drogas ilícitas, sonegamos impostos e buscamos reinseri-los de maneira lícita na economia, possuímos e portamos armas de fogo, além de agredirmos nossas mulheres, crianças e idosos.

Com essas grandes alterações no crime, nos atores do processo e no perfil do criminoso, o Código de Processo Penal, que em 1941 provavelmente atendeu suficientemente às necessidades de seu tempo, já não supre o que dele se espera hoje: que seja um mecanismo eficiente para a aplicação do Direito Penal, protegendo os bens jurídicos mais valiosos da sociedade, satisfazendo assim o direito dela de proteção, segurança e paz.

Este articulista tecerá a seguir comentários acerca dos artigos 288 a 292 do Projeto do Novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei 8.045/10), que inauguram o Livro II que trata “Do Processo e dos Procedimentos”, os quais também compõem a totalidade do Título I “Do Processo”, primeiro desse Livro II. Os três capítulos do título trazem disposições quanto à formação e extinção do processo, bem como ao instituto da suspensão condicional do processo.

## **2 DA FORMAÇÃO DO PROCESSO: ARTIGOS 288 E 289 DO PROJETO DE LEI 8.045/10**

Ambos os artigos que compõem o Capítulo I do Título I do Livro II do Projeto do Novo CPP trazem disposições acerca dos momentos iniciais formadores do processo penal, praticados logo na fase postulatória, após o oferecimento da denúncia ou queixa pelo legitimado ativo da ação penal. De início vale a pena registrar que o artigo 288, bem como alguns outros do Projeto de Lei, insiste na manutenção das clássicas nomenclaturas destinadas a distinguir a inicial acusatória do Querelante daquela do Ministério Público, o que, ao ver deste articulista, traduz-se na perda da oportunidade de aproximar a linguagem jurídica da popular, pois tanto a expressão denúncia como queixa equivale para leigos ao que juristas entendem por “notitia criminis”, que é o ato de levar à

autoridade competente o conhecimento do crime. É certo que a confusão não causa grandes problemas práticos, porém é de bom tom e mandamento legal que as palavras utilizadas nas disposições normativas sejam empregadas em seu sentido comum para maior clareza.<sup>188</sup> Uma boa nomenclatura que atenderia tanto o interesse dos juristas como dos leigos seria a expressão “acusação formal”, que serviria tanto para “acusação formal pública” ou “acusação forma privada”, ou mesmo “peça acusatória pública” ou “privada.

## 2.1 O ARTIGO 288 DO PROJETO DE LEI 8.045/10

O artigo 288 é assim redigido: “Considera-se proposta a ação quando a denúncia ou queixa for registrada ou distribuída”. Tal previsão não encontra qualquer correspondente no Código de Processo Penal vigente, sendo real inovação no direito processual penal nacional. Embora haja mérito na novidade, salta aos olhos que, ao contrário do que faz o Código de Processo Civil<sup>189</sup>, omitiu-se o projeto em trazer qualquer disposição normativa para estabelecer os efeitos da propositura da ação. O artigo 288 acaba por constituir-se de texto legal meramente explicativo, que se esforça em trazer certeza para um ponto que simplesmente não é tão relevante. Afinal, mais importante do que definir e explicar – o que, diga-se de passagem, é tarefa da doutrina – é delimitar as consequências do ato para o processo e para as partes. Apenas o artigo 120 do projeto<sup>190</sup> traz uma débil regra de competência por distribuição, nada falando de registro ou propositura de denúncia ou queixa.

Ademais, embora essa disposição venha ao encontro do interesse de se resolver, com uma interpretação autêntica, um ponto de interesse acadêmico, outras duas questões de certa maneira correlatas, e muito mais relevantes, passaram ao largo do artigo 288 e do projeto como um todo.

O primeiro é: o advento do artigo 288 resolve a questão do marco inicial do processo penal? Hoje as duas correntes dominantes defendem

---

<sup>188</sup> Lei Complementar 95/98. Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteje legislando;

<sup>189</sup> Art. 59. O registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo.

Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

<sup>190</sup> Art. 120. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

respectivamente que seria o oferecimento da denúncia ou seu recebimento. Afirmar que se considera proposta a ação quando a denúncia ou queixa for registrada ou distribuída é adotar a primeira corrente? E daí decorre o segundo, umbilicalmente ligado ao primeiro: qual a natureza jurídica da citação do acusado e dos atos processuais praticados antes dela? Bem, em nosso entender, a propositura da ação penal marca o início do processo penal, pois inicia a fase judicial da persecução criminal, sendo a citação condição de eficácia do processo em relação ao acusado e de validade dos atos procedimentais que lhe são posteriores. Dessa maneira, os atos praticados após a propositura da ação e antes da citação possuem natureza judicial, porém, quaisquer decisões judiciais que imponham sanções ou mesmo benefícios penais e qualquer prova produzida é inválida, dependendo da citação do acusado<sup>191</sup>.

No processo penal, é o recebimento da denúncia ou queixa que possui relevância e efeitos práticos, pois é com esse ato processual que se interrompe o prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado<sup>192</sup>, contando-se a partir do fato até ele a modalidade da prescrição da pretensão punitiva em abstrato, e a partir dele a modalidade da prescrição da pretensão punitiva retroativa. Também a citação é outro ato processual relevante, pois somente com ela, integraliza-se a relação jurídica processual, e a demanda pode seguir até seu fim, independentemente do interesse do acusado em defender-se, desde que tecnicamente assistido, salvo quanto à citação por edital, que no processo penal impede a continuidade do feito<sup>193</sup>.

No mais, além de pouco relevante pela óptica da técnica jurídica, o artigo 288 do “novo CPP” pode ser visto como inconstitucional, pois viola diretamente o inciso XV do artigo 93 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional 45 de 2004, que assim dispõe: “a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.”, na medida em que considera distinto o ato de protocolo do ato de registro e distribuição. Não há dúvidas de que o referido artigo tomou por base o Código de Processo Civil de 1973 que assim dispunha:

<sup>191</sup> Nessa linha, defende-se que a composição civil, transação penal e o acordo de não persecução penal são benefícios que ocorrem em fase pré-processuais, isto é, o direito material aplica-se na fase da investigação, pois realizados antes mesmo do início do processo, o que dispensa a citação do acusado.

<sup>192</sup> Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

<sup>193</sup> Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

Entretanto, o próprio direito processual civil abandonou essa disposição em favor do disposto na Constituição Federal de 1988, pois o chamado novo Código de Processo Civil, trazido pela lei 13.105/2015 passou a dispor no artigo 312<sup>194</sup> corretamente que é com o protocolo que se considera proposta a ação. Registro e distribuição são configurações dos sistemas do Poder Judiciário, os quais devem ser praticados simultânea e imediatamente ao ato do protocolo. Em se considerando o processo eletrônico, tudo se concentra no clique.

Em suma, trata-se de artigo desnecessário, sem utilidade prática e desatualizado, que poderia ser muito melhor aproveitado se estabelecesse claramente o marco inicial para o processo penal e para a eficácia dele em desfavor do acusado, utilizando para tanto as mais modernas compreensões da teoria geral do processo, o que foi feito no CPC 2015. Uma melhor disposição normativa seria: “Art. 288. A propositura da ação, que se dá com o protocolo da peça/inicial acusatória, pública ou privada, marca o início do processo penal, que, entretanto, apenas será eficaz ao acusado se validamente citado, seja pessoalmente, por comparecimento espontâneo ou por hora certa”<sup>195</sup>.

## 2.2 O INDEFERIMENTO LIMINAR DA PEÇA ACUSATÓRIA (ARTIGO 289)

O teor do artigo 289 do Projeto de Lei 8.045/10 já se encontra no Código de Processo Penal de 1941 em seu artigo 395<sup>196</sup>, artigo esse que somente com a reforma do procedimento comum e sumário da Lei 11.719 de 2008, ingressou no direito processual penal. Relativamente à redação do

---

<sup>194</sup> Art. 312. Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado.

<sup>195</sup> O Código Processo Penal Militar busca trazer um marco delimitado de início e fim do processo, ao trazer a seguinte disposição: “Art. 35. O processo inicia-se com o recebimento da denúncia pelo juiz, efetiva-se com a citação do acusado e extingue-se no momento em que a sentença definitiva se torna irrecorrível, quer resolva o mérito, quer não.”

<sup>196</sup> 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;
- III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Parágrafo único. (Revogado).

projeto, algumas alterações redacionais foram realizadas, porém quanto a efeitos práticos, pouco ou nada mudou, veja:

Art. 289. A peça acusatória será liminarmente indeferida quando:

- I - for inepta;
- II - inexistir justa causa ou faltar qualquer das condições da ação ou dos pressupostos processuais para o exercício da ação penal.

A primeira alteração a destacar-se é a supressão da expressão “manifestamente” que precedia a expressão “inepta” (inciso I), o que é alteração pouco significativa na prática, porém elogiável, pois a peça acusatória inepta deve ser liminarmente indeferida seja manifesta ou simplesmente inepta, já que ambas prejudicam o direito constitucional à ampla defesa do acusado. Entretanto, ficam as perguntas? É possível distinguir uma inicial inepta de uma manifestamente inepta? Há necessidade em distingui-las conceitualmente? Existe diferença ontológica ou meramente axiológica entre uma e outra? A alteração redacional foi meramente estilística ou parte do pressuposto de que existe a diferença entre uma e outra? Ao ver deste articulista, trata-se de alteração meramente redacional, pois será inepta ou manifestamente inepta a inicial acusatória que não atenda aos requisitos do artigo 41 do CPP<sup>197</sup> e prejudique o direito de defesa do acusado.

Em seguida, registra-se que em vez de “faltar justa causa para o exercício da ação penal”, o projeto coloca “inexistir justa causa”, alteração meramente redacional.

Já quanto à falta de pressupostos processuais e condições da ação como causa de indeferimento liminar da peça acusatória, não sobrevieram alterações, mas fica a crítica quanto à adoção em matéria processual penal de instituto que sequer no processo civil, de onde foi importado, persiste. Afinal o Código de Processo Civil de 2015 aboliu por completo as chamadas condições da ação, passando a considerar seu conteúdo como pressupostos processuais. Inclusive a expressão “condições para o exercício da ação penal” foi estranha ao Código de Processo Penal de 1941 até o ano de 2008.

Por fim, enquanto a redação atual do CPP fala em “rejeição” da “denúncia ou queixa”, o Projeto de Lei refere-se a “indeferimento liminar” da “peça acusatória”. Trata-se de alteração meramente técnica, pois o efeito,

<sup>197</sup> Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.



da extinção do processo sem apreciação do mérito antes mesmo da citação do réu é o mesmo em ambos<sup>198</sup>.

Importante destacar que o projeto, tal como o sistema do código atual, deixou de prever a intimação do acusado acerca do trânsito em julgado da decisão que indeferiu liminarmente a peça acusatória, dispositivo que seria de bom grado, pois da maneira como está, ele sequer toma ciência de que foi proposta em seu desfavor uma acusação penal e que ela foi rejeitada liminarmente sem recurso do legitimado ativo. A única situação em que o acusado toma ciência do indeferimento liminar, seja no CPP 1941, seja no projeto do novo CPP, é no caso de recurso do legitimado ativo, pois ele é intimado para apresentar contrarrazões ao recurso<sup>199</sup>.

Nessa toada, em mencionando-se recursos, aproveita-se para consignar a profunda alteração na sistemática recursal no Projeto de Lei 8.045/2010, sendo especialmente notável a mudança relativamente à recorribilidade das decisões que indeferem liminarmente a peça acusatória. Com a extinção do Recurso em Sentido Estrito e criação do recurso de Agravo nos moldes daquele do direito processual civil, o cabimento de recurso do indeferimento da inicial passará a dar-se da seguinte maneira: Apelação contra a decisão que extingue o processo com ou sem resolução do mérito<sup>200</sup>, dentre as quais a rejeição liminar da peça acusatória, ou Agravo da decisão que receber no todo ou em parte a peça acusatória<sup>201</sup>.

Trata-se de total revolução na sistemática atual, em que existe a previsão de recurso contra decisão que rejeita total ou parcialmente a peça acusatória apenas para o legitimado ativo. Agora o cabimento é da seguinte forma: contra a rejeição da inicial, decisão que causa a extinção do processo, o recurso é Apelação; contra o recebimento total ou parcial, decisão que não o extingue o processo, caberá Agravo tanto pelo legitimado ativo, quanto passivo, a depender da sucumbência<sup>202203</sup>.

<sup>198</sup> No projeto do novo CPP, conforme se verá, houve a sistematização expressa dos casos de extinção do processo com e sem resolução do mérito (artigo 291 e 292), o que hoje é matéria estranha ao direito processual penal.

<sup>199</sup> Súmula 707 STF: CONSTITUI NULIDADE A FALTA DE INTIMAÇÃO DO DENUNCIADO PARA OFERECER CONTRARRAZÕES AO RECURSO INTERPOSTO DA REJEIÇÃO DE DENÚNCIA, NÃO A SUPRINDO A NOMEAÇÃO DO DEFENSOR.

<sup>200</sup> Projeto de Lei 8.045/2010. Artigo 510. Da decisão que extingue o processo, com ou sem resolução do mérito, caberá apelação no prazo de quinze dias.

<sup>201</sup> Projeto de Lei 8.045/2010. Artigo 504. Caberá agravo, no prazo de quinze dias, da decisão que:

I – receber, no todo ou em parte, a peça acusatória;

<sup>202</sup> Destaca-se que, ao mesmo tempo em que passou a permitir a interposição de Agravo contra a decisão que recebe a inicial, o projeto do CPP passou a limitar as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*. Veja: “Art. 692. Não cabe *habeas corpus*, salvo se o paciente estiver preso ou na iminência de sê-lo: I – para decretar nulidade ou trancar investigação ou processo criminal; II – quando a medida foi utilizada como sucedâneo recursal ou substitutivo de revisão criminal”.

<sup>203</sup> O recurso de Agravo não possui, em regra, efeito suspensivo, logo a nova sistemática, que

### 3 O CAPÍTULO “DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO” NO PROJETO DE LEI 8.045/2010 (ARTIGO 290)

O projeto, conforme já adiantado, pretende trazer para o interior do Código de Processo Penal o instituto da suspensão condicional do processo que, embora já existente e em vigor desde 1995, encontra-se previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95, aplicando-se, entretanto, também a infrações penais que não sejam de menor potencial ofensivo<sup>204</sup>. Assim, absorção pelo CPP do benefício é digna de elogios. Segue o texto na íntegra:

Art. 290. Nas infrações penais em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano poderá ser proposta a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I – reparação do dano, salvo comprovada impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, periodicamente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, vedada a imposição de pena privativa de liberdade.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

---

passou a permitir que o acusado recorra do recebimento da inicial, em tese, não causará atraso na marcha processual.

<sup>204</sup> Lei 9.099/95. Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

- I – vier a ser processado por outro crime ou contravenção;
  - II – não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano;
  - III – descumprir qualquer outra condição imposta;
- § 4º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.
- § 5º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.
- § 6º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.
- § 7º O disposto neste artigo não se aplica aos crimes de competência da Justiça Militar nem aos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.
- § 8º A homologação do acordo na justiça restaurativa, nas infrações penais de que trata o *caput*, acarretará os mesmos efeitos da suspensão condicional do processo.

Poucas foram as alterações em relação ao texto já em vigor, as quais se passa a analisar detidamente.

O *caput* do artigo substitui corretamente a expressão “crimes” por “infrações penais”, vez que o sistema brasileiro ainda faz a distinção entre crimes e contravenções, sendo ainda que todas elas, previstas no Decreto-Lei 3.688/41, admitem o benefício. O mesmo *caput* exclui a expressão “abrangidas ou não por esta Lei”, uma vez que dispensável, em se considerando sua previsão no interior do CPP.

O mesmo *caput* agora não mais traz a expressão “o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo”, passando a dele constar somente a redação “poderá ser proposta”. Ao mesmo tempo em que retirou o Ministério Público da redação do artigo, não informou se haveria um novo proponente. Seria o juiz, mesmo diante da adoção expressa do sistema acusatório (artigo 4º do Projeto de Lei 8.045/10<sup>205</sup>)? Entendemos que a única interpretação admissível é que a alteração do texto legal se destinou a autorizar o Querelante, ao lado do Ministério Público, oferecer o benefício nas ações penais privadas.

Por fim, ainda no *caput*, também salta aos olhos a falta de delimitação do momento processual (seja extra ou endo) em que o benefício deve ser ofertado. A Lei 9.099/95 fala que é quando do oferecimento da denúncia, mas

---

<sup>205</sup> Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz, salvo em favor das garantias do investigado, na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

e agora? Para piorar, o artigo que poderia vir em auxílio, o 299 *caput*<sup>206</sup> do projeto, omite a situação de cabimento da SCP de seu regramento específico (trata apenas de eventual absolvição sumária, extinção da punibilidade, suspensão do processo decorrente de citação por edital ou não apresentação de resposta escrita pelo réu), sendo certo que o regramento geral (designação de audiência de instrução) não se aplica quando é caso de suspensão condicional do processo.

Não há dúvidas de que se trata de benefício endoprocessual, porém em qual momento procedimental? Em nosso ver, o benefício da suspensão condicional do processo depende: (a) da propositura da ação, pois, a existência de processo é pressuposto para sua suspensão; (b) recebimento da denúncia, pois é nesse momento que se faz a análise de admissibilidade do artigo 289, e que pode ensejar até mesmo a benéfica para o acusado decisão de indeferimento liminar da inicial acusatória e; (c) da citação, pois ela é condição de eficácia do processo em relação ao acusado e de validade dos atos procedimentais que lhe são posteriores<sup>207</sup>.

Pois bem, quanto às condições do período de prova, as únicas alterações foram a inserção da expressão “comprovadamente” quanto à impossibilidade de o beneficiado reparar o dano (inciso I, do parágrafo 1º), bem como foi substituída a palavra “mensalmente” por “periodicamente” dando permissão para que as partes negociem esse ponto.

O parágrafo 2º do artigo vedou expressamente que o cumprimento de pena privativa de liberdade possa ser colocado como condição para o benefício, o que embora no contexto atual pareça absurdo, é importante para o projeto do novo CPP, pois há a possibilidade de negociação de pena privativa de liberdade no novo procedimento sumário<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> Art. 299. Havendo justa causa e estando presentes os pressupostos processuais e as condições para o exercício da ação penal, o juiz receberá a peça acusatória. Não sendo hipótese de absolvição sumária, extinção da punibilidade, suspensão do processo decorrente de citação por edital ou não apresentação de resposta escrita pelo réu, o juiz designará dia e hora para a instrução ou seu início em audiência.

<sup>207</sup> Veja o que o Código de Processo Civil de 2015 estabelece:

Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.

Art. 239. Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido.

<sup>208</sup> Art. 308. Ressalvados os casos submetidos ao Tribunal do Júri e de violência doméstica contra a mulher, até o início da audiência de instrução, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena nos crimes que não estejam submetidos ao procedimento sumaríssimo e cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos.

O parágrafo 3º do artigo 290 traz as causas de revogação do benefício, que são basicamente as mesmas hoje previstas na lei 9.099/95, porém sem a distinção entre aquelas de revogação obrigatória (parágrafo 3º do artigo 89) e de revogação facultativa (parágrafo 4º do artigo 89). Todas passam a ser causas de revogação obrigatória.

O parágrafo 7º traz expressamente a proibição de oferecimento do benefício aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, encampando o teor da súmula 536 do STJ<sup>209</sup>. Proíbe também sua aplicação nos crimes de competência da Justiça Militar, regramento importado da própria Lei 9.099/95<sup>210</sup>.

Por fim, o parágrafo 8º informa que a homologação do acordo na justiça restaurativa, nas infrações penais em que cabe a suspensão condicional do processo, acarretará os mesmos efeitos da própria suspensão condicional do processo. Nesse ponto, mais uma vez o projeto traz dúvidas: o que quer dizer “acarretará os mesmos efeitos”? O acordo na justiça restaurativa implica na impossibilidade de oferta do benefício da SCP? Ou as condições da SCP devem constar do acordo na justiça restaurativa, de modo que o beneficiário de uma maneira única resolva tanto o incidente<sup>211</sup> como a ação penal? Ou, ainda, com o cumprimento do acordo na justiça restaurativa sem revogação, independentemente de haver o acusado sido ou não beneficiado pela SCP, declara-se extinta a punibilidade na ação penal? Ao ver deste articulista, eventual acordo na justiça restaurativa relativamente a infração penal que admite a SCP, obrigatoriamente deverá trazer o período de provas e as condições do parágrafo 1º e 2º. É que o artigo 113<sup>212</sup> do projeto somente atribui efeito de extinção de punibilidade para o acordo, se ele for realizado antes do recebimento da denúncia<sup>213</sup>, porém a suspensão condicional do processo, conforme já visto, é benefício que pressupõe a propositura da ação e seu recebimento, e a citação do acusado. Ademais, o próprio parágrafo 4º do artigo 290 coloca que é o decurso do prazo do período de provas sem revogação que permite que o juiz extinga a punibilidade.

---

<sup>209</sup> “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha” (Súmula 536).

<sup>210</sup> Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

<sup>211</sup> Art. 111. Nos procedimentos e processos judiciais poderá haver a instauração da prática restaurativa, pelo juiz, de ofício ou a pedido das partes, do Ministério Público, da Defensoria Pública e do delegado de polícia.

<sup>212</sup> Art. 113. Cumprido o acordo restaurativo antes do recebimento da denúncia, nos casos de ação penal de iniciativa pública condicionada à representação, será declarada extinta a punibilidade.

<sup>213</sup> E apenas nas ações penais públicas condicionadas a representação.

#### 4 O CAPÍTULO “DA EXTINÇÃO DO PROCESSO” NO PROJETO DE LEI 8.045/2010 (ARTIGOS 291 E 292)

Os artigos 291 e 292 compõem a totalidade do Capítulo III do Título I do Livro II do projeto do novo CPP e trazem as hipóteses de extinção do processo, isto é, o rol das decisões judiciais que importam no encerramento da tramitação processual, ao menos perante aquele órgão<sup>214</sup>, já que o efeito devolutivo dos recursos importa na continuidade perante o juízo *ad quem*. Segue o texto:

##### CAPÍTULO III DA EXTINÇÃO DO PROCESSO

Art. 291. O juiz extinguirá o processo sem resolução do mérito, a qualquer tempo e grau de jurisdição, quando:

- I – indeferir a peça acusatória;
- II – verificar a inexistência de justa causa ou a falta de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal;
- III – impronunciar o acusado.

Art. 292. O Juiz extinguirá o processo com resolução de mérito, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, quando:

- I – absolver sumariamente o acusado;
- II – julgar extinta a punibilidade;
- III – promover o julgamento antecipado do mérito no procedimento sumário;
- IV – condenar ou absolver o acusado.

Escolheu o projeto diferenciar as causas de extinção do processo com e sem julgamento do mérito, tal como o direito processual civil já faz, sem, no entanto, apontar as consequências de uma ou outra decisão. O Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, complementa as disposições acerca das causas de extinção do processo, previstas em seus artigos 485 e 487, com o artigo 486, em que expressamente define os efeitos de umas e outras, veja:

Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

§ 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

<sup>214</sup> Não prevê o projeto do novo CPP juízo de retratação no recurso de Apelação.

§ 2º A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

§ 3º Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

Nada obstante a omissão do projeto, é possível defender que a diferenciação entre as causas de extinção do processo sem e com resolução do mérito segue a mesma linha do regramento do direito processual civil, isto é, em caso de extinção sem resolução do mérito, poderá o legitimado ingressar com nova denúncia ou queixa desde que sanado o vício que causou a extinção em primeiro lugar<sup>215</sup>; já na extinção com resolução do mérito, não poderá o legitimado ativo ingressar com nova ação relativamente aos fatos já decididos, pois não há vício a ser sanado, e sim uma decisão apreciou a realidade fática e a julgou definitivamente (“ne bis in idem”).

#### 4.1 DA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO

Embora possa parecer que exista uma redundância nos incisos do artigo 291 ao colocar no primeiro “indeferir a peça acusatória” e no segundo “verificar a inexistência de justa causa ou a falta de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal”, na medida em que as causas de indeferimento da inicial acusatória (inciso II do artigo 289), conforme inclusive já visto, são exatamente as do inciso II do artigo 291, na verdade, não existe qualquer mácula. É que a cabeça do artigo coloca que a extinção do processo sem resolução do mérito poderá ocorrer “a qualquer tempo e grau de jurisdição”. Assim, o que se pretendeu deixar inequívoco é que a (a) inexistência de justa causa ou (b) a falta de pressuposto processual ou de (c) condição para o exercício da ação penal permitem tanto o indeferimento liminar da peça acusatória, quanto decisão anômala superveniente que extingue o processo sem resolução do mérito. Na prática, trata-se de certa maneira da importação da teoria de Enrico Tullio Liebman, para quem, no processo civil, as condições da ação devem estar presentes durante todo o processo.

Pois bem, relativamente às hipóteses extintivas genuinamente formais, isto é, falta de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal, não se vislumbram grandes problemas, porém situação distinta

<sup>215</sup> Conforme se verá logo mais, uma aplicação sistemática do disposto no artigo 358, *caput* e parágrafo único do próprio projeto leva também a essa compreensão.

é a questão da falta de justa causa. Ora, poderá o Magistrado, após provocação do legitimado ativo, que está percebendo que a produção de provas não lhe está sendo favorável, proferir uma sentença de extinção do feito sem resolução do mérito com base na ausência de justa causa para ação penal, permitindo assim que esse legitimado obtenha mais meios de prova para novamente ingressar com a peça acusatória? E veja que a situação não é de todo improvável, em se considerando o advento do juiz de garantias<sup>216</sup>, que é o Magistrado com competência para receber a denúncia, mas não para a instrução do processo, e que pode perfeitamente ter entendimento distinto do juiz do processo de conhecimento quanto à justa causa que permitiu o início da ação penal.

O próprio direito processual civil há algum tempo já coloca à prova a teoria de Liebman ao questionar qual decisão deve ser proferida após a juntada aos autos de um resultado negativo de DNA em autos de investigação de paternidade: extinção do feito sem resolução do mérito por ausência de legitimidade ativa (não era filho, logo não poderia ter ingressado com a demanda), ou extinção do feito com resolução do mérito por ausência do direito material (não era filho, logo não possuiria o direito ao reconhecimento da filiação)?

No direito processual penal, ao menos, a situação mostra-se mais fácil de ser contornada diante da adoção de uma interpretação mais favorável ao acusado, porém, ainda assim, a possibilidade de um juiz anos após o início da instrução processual deliberar pela extinção do feito sem resolução do mérito por ausência de justa causa para seu início pode ser uma ferramenta perigosa para a anular e delongar processos e também para requestrar acusações fadadas a uma decisão desfavorável ao legitimado ativo.

Por fim, o inciso III consagra a decisão de impronúncia como extintiva do processo sem resolução do mérito, uma vez que, em não sendo condenatória, nem absolutória, mas meramente reconhecedora da ausência de elementos suficientes para julgamento da causa perante o Tribunal do Júri, equipara-se à uma decisão de indeferimento da inicial por falta de justa causa. O projeto do novo CPP mantém o disposto no atual artigo 414 *caput* e parágrafo único, que passam a ser o artigo 358 e parágrafo único, e expõe expressamente a possibilidade de apresentação de nova peça acusatória sobre os mesmos fatos, mesmo após decisão de impronúncia, desde que sobrevenham novas provas.

Art. 358. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da

<sup>216</sup> O juiz de garantias já se encontra no ordenamento jurídico nacional, tendo sido inserido pela Lei 13.964/2019, e igualmente encontra previsão no Projeto de Lei 8.045/2010 do novo CPP.



punibilidade, poderá ser formulada nova acusação se houver prova nova.

Veja que o parágrafo único do artigo 358 reforça o entendimento acima exposto de que a diferença entre uma decisão que extingue o processo com e sem resolução de mérito, é a possibilidade de propositura de nova peça acusatória pelos mesmos fatos, desde que consertado o vício que provocou a extinção.

#### 4.2 DA EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO

As hipóteses de extinção do processo com resolução do mérito, pela lógica do direito processual penal, são entendidas como aquelas em que o juiz exerce jurisdição relativamente aos fatos e não meramente quanto a aspectos relacionados à ação penal. Vejamos os incisos do artigo 292.

O inciso I (“absolver sumariamente o acusado”), refere-se à etapa procedimental prevista no artigo 300<sup>217</sup> do próprio projeto, que implica em uma decisão de declaração expressa de não culpa logo após o decurso do prazo de resposta. Trata-se de um real julgamento antecipado de mérito, que cabe unicamente em favor do réu, pois independe da produção probatória, sendo que quaisquer alegações de violação à ampla defesa e ao contraditório sucumbem diante da constatação de ser essa decisão favorável ao acusado e, por apreciar o mérito da ação penal, fazer coisa julgada material, impedindo nova acusação pelos mesmos fatos.

O inciso II (“julgar extinta a punibilidade”) já tinha previsão análoga no CPP 1941 em seu artigo 61 que assim dispõe: “Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.”. O projeto inova, entretanto, ao deixar inequívoco que a decisão que extingue o processo julgando extinta a punibilidade é do tipo que resolve o mérito.

O inciso III (promover o julgamento antecipado do mérito no procedimento sumário) refere-se ao novo procedimento sumário constante dos artigos 308 a 315 do projeto, o qual, diga-se de passagem, realmente é um procedimento sumário, ao contrário daquele que hoje consta do CPP 1941 e que em quase nada se distingue do comum. Veja o que estabelece o artigo 308:

---

<sup>217</sup> Art. 300. Decorrido o prazo para resposta, o juiz absolverá sumariamente o acusado quando, prescindindo da fase de instrução, reconhecer a manifesta existência de:

I – causa excludente da ilicitude do fato;

II – causa excludente da culpabilidade, salvo quando cabível a imposição de medida de segurança;

III – atipicidade do fato, nos termos e limites em que exposto na denúncia.

Art. 308. Ressalvados os casos submetidos ao Tribunal do Júri e de violência doméstica contra a mulher, até o início da audiência de instrução, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena nos crimes que não estejam submetidos ao procedimento sumaríssimo e cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos.

O inciso IV (condenar ou absolver o acusado) traz como causa de extinção do processo com resolução do mérito a decisão que se traduz na Sentença ou Acórdão condenatórios que são proferidos com o fim da fase de instrução ou, respectivamente, com o fim do procedimento de julgamento dos processos nos tribunais. Em ambos os casos não será possível o oferecimento de nova peça acusatória pelos mesmos fatos, ante a formação de coisa julgada material, considerando-se tanto culpado como inocente o acusado.

Por fim, importante consignar que, tal como no *caput* no artigo 291, houve a previsão no *caput* do artigo 292 de que a extinção pode ocorrer “em qualquer tempo ou grau de jurisdição”. Entretanto, essa disposição, salvo quanto às causas de extinção da punibilidade, traz dúvidas. Afinal, seria possível uma decisão absolutória ou condenatória antes do fim da fase de instrução do processo? Ou mesmo antes da apresentação de alegações finais pelas partes? Veja que antes do início da instrução é cabível a absolvição sumária (inciso I do artigo 292 do projeto) ou mesmo a decisão antecipada do procedimento sumário (inciso III do artigo 292 do projeto), e, após seu fim, é caso de o Magistrado proferir a decisão final (artigo 292, IV do projeto) assim, qual seria o outro possível momento para tal decisão ser proferida? Ao ver deste articulista a expressão “em qualquer tempo ou grau de jurisdição” tem cabimento apenas para as causas de extinção da punibilidade, mantendo-se as demais nos seus devidos momentos processuais para evitar a violação do devido processo legal com decisões que inclusive podem surpreender as partes, ou adiantar a opinião do juiz acerca das provas do processo, em caso de intimação prévia para manifestação acerca da decisão extemporânea<sup>218</sup>.

<sup>218</sup> A única possibilidade de aplicação do dispositivo sem violar o devido processo legal seria se uma das provocasse o juízo com “alegações finais antecipadas”, que seriam seguidas das respectivas “alegações finais antecipadas” da outra parte. Caso o Magistrado entenda que existem suficientes provas para a absolvição poderia proferir sentença absolutória, caso entenda não ser caso de absolvição naquele momento processual, determinaria o prosseguimento do feito. Nada obstante essa conjectura, a falta de previsão legal de alegações finais antecipadas é, por si só, violadora do devido processo legal.

## 5 CONCLUSÃO

O Projeto de Lei 8.045/2010 que pretende instituir um novo Código de Processo Penal no país é muito bem-vindo. A legislação processual penal brasileira é hoje uma colcha de retalhos, tanto em se considerando o corpo do CPP 1941, quanto as demais disposições processuais penais espalhadas pela legislação extravagante, como a Lei 9.099/95 e a Lei 11.340/06, por exemplo.

O Título I intitulado “Do processo”, que se encontra no Livro II que trata “Do Processo e dos Procedimentos”, traz disposições quanto à formação e extinção do processo, bem como o instituto da suspensão condicional do processo e merece ao mesmo tempo elogios e críticas.

Elogios por pretender trazer para dentro do Código de Processo Penal o já existente instituto da suspensão condicional do processo, que, embora seja de aplicação geral no direito processual penal, encontra-se inadequadamente no diploma que veio para definir e estabelecer um microssistema para a persecução penal das infrações penais de menor potencial ofensivo, a Lei 9.099/95. Elogios também por trazer algum regramento acerca da formação e extinção do processo penal, na medida em que o CPP atual não sistematiza tais pontos, tratando deles vez ou outra de maneira esparsa e indireta.

Entretanto, críticas também merecem ser feitas, principalmente quanto aos novos capítulos da formação e extinção do processo, que, ao pretender trazer conceitos e práticas do direito processual civil para o penal, ao mesmo tempo em que importaram consigo algumas críticas que naquele ramo já se lhe faziam, merecem algumas novas diante da falta de uma adaptação adequada a sua nova morada.

O direito processo penal, embora não ganhe em termos de efetividade ou mesmo de proteção a direitos fundamentais do acusado, torna-se mais consolidado e sistematizado com os artigos 288 e 292 do Projeto de Lei 8.045/2010. Porém, não deve a doutrina e jurisprudência fechar os olhos para a necessidade de interpretações e consolidações de entendimento para evitar a quebra da técnica e a violação de outros dispositivos legais do ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8.045/2010. Institui o Código de Processo Penal.** Disponível em: [camara.leg.br/proposicoesweb](http://camara.leg.br/proposicoesweb). Acesso em: 08 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 08 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 1.002 de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm). Acesso em: 09 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de setembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 09 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 09 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar 95 de 26 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm). Acesso em: 09 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. **Institui o Código Eleitoral.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 09 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869impresso.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impresso.htm). Acesso em: 09 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099 de 26 de setembro 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 09 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 08 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 707**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2641>. Acesso em: 14 jan. 2020.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010**. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/>. Acesso em: 09 jan. 2020.

FBSP - FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Estatísticas de dados da segurança pública do Brasil**. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/introducao/>. Acesso em: 13 jan. 2020.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Recenseamento Geral do Brasil de 1º de setembro de 1940**. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/314/cd\\_1940\\_dadosgerais.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/314/cd_1940_dadosgerais.pdf). Acesso em: 09 jan. 2020.



## PROCEDIMENTO DO JÚRI NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Eduardo FonticIELha de Rose<sup>219</sup>

**Resumo:** este trabalho pretende analisar as principais alterações do procedimento do Júri no novo Código de Processo Penal. São duas as mais relevantes mudanças na legislação: a proibição de menção dos testemunhos produzidos no inquérito policial nos debates em plenário e a exclusão dos quesitos referentes à materialidade e à autoria do crime. Almeja-se avaliar as alterações mais impactantes diante das duas maiores peculiaridades do procedimento: a condição de leigo do jurado e a ausência de fundamentação da decisão.

**Palavras-chave:** Procedimento do Júri – regras ante epistémicas – jurado leigo – decisão sem fundamentação.

**Sumário:** 1. Síntese das modificações. 2. A proibição de menção dos testemunhos produzidos no inquérito policial nos debates em plenário. 3. A exclusão dos quesitos referentes à materialidade e à autoria do crime. 4. Conclusão. 5. Referências.

### 1 SÍNTESE DAS MODIFICAÇÕES

O novo procedimento dos processos de competência do Tribunal de Júri apresenta poucas alterações drásticas – com exceção do aumento das censuras em plenário e a exclusão dos quesitos referentes à materialidade e à autoria –, mantendo em sua essência a mesma redação do Código anterior. Os prazos para beneficiar o contraditório ou impedir surpresas foram aumentados, como na resposta à acusação – agora em quinze dias<sup>220</sup> – e na vedação da leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com antecedência mínima de dez dias<sup>221</sup>. Houve a exclusão de alguns

---

<sup>219</sup> Mestre em Garantismo e Processo Penal da Universidade de Girona (2015/2018), graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000). Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul desde 2004, já participou de diversas palestras e conferências sobre matérias relacionadas ao exercício das suas atribuições do Ministério Público. Professor da pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal da EDAMP (Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público). Participa do Movimento Olímpico desde 1992.

<sup>220</sup> Art. 351 do Código de Processo Penal (o antigo art. 406 previa um prazo de dez dias).

<sup>221</sup> Art. 422 do Código de Processo Penal (aumenta o prazo anterior de três dias).

dispositivos<sup>222</sup>, respeitando-se o sistema acusatório<sup>223</sup>. Suprimiu-se a vista dos autos ao Ministério Público após a primeira manifestação da defesa<sup>224</sup>. Esta última alteração restabelece o equilíbrio entre a acusação e a defesa nesta etapa, uma vez que inexistia motivo para uma “réplica” neste momento processual. Eventual contra-ataque no início da instrução deve ser apreciado, evidentemente, pelo julgador, porquanto a resistência à imputação condiciona que a defesa se manifeste por último (LOPES JÚNIOR, 2014: 1019). Também foi excluída a expressão preclusa da antiga redação referente a decisão de pronúncia<sup>225</sup>, modificação<sup>226</sup> que afasta suposta necessidade de aguardar a análise de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário para a realização do julgamento em plenário.

Inclui-se no procedimento a previsão de acordo restaurativo celebrado entre as partes<sup>227</sup>, em consonância com a doutrina que almeja uma composição cível já neste âmbito.<sup>228</sup> A intenção de buscar a imediata recomposição de danos sem a necessidade de um outro processo cível é compreensível, resultando em celeridade e evitando decisões contraditórias. Contudo, o processo penal possui peculiaridades, já que a carga (ônus) é exclusiva da acusação. Em termos criminais, muitas vezes a inércia é a postura defensiva mais favorável ao réu. Para tentar conciliar esses institutos de naturezas diversas, o legislador vedou a menção do acordo restaurativo como indício de confissão do réu durante os debates em plenário.<sup>229</sup>

A nova legislação prevê que *qualquer cidadão que preencha os requisitos legais* – maiores de dezoito anos de notória idoneidade – *poderá inscrever-se para ser jurado*<sup>230</sup>. Nenhum cidadão será excluído dos trabalhos do Júri em virtude de qualquer forma de preconceito<sup>231</sup>. As hipóteses de isenção

<sup>222</sup> Antigo art. 413, parágrafo 2, do Código de Processo Penal (se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória).

<sup>223</sup> Antigo art. 417. Se houver indícios de autoria ou de participação de outras pessoas não incluídas na acusação, o juiz, ao pronunciar ou impronunciar o acusado, determinará o retorno dos autos ao Ministério Público, por 15 (quinze) dias, aplicável, no que couber, o art. 80 deste Código.

<sup>224</sup> Previsão do antigo art. 409 do Código de Processo Penal.

<sup>225</sup> Art. 421. Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri (redação do anterior Código de Processo Penal).

<sup>226</sup> Art. 364. Após a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri, ressalvada a interposição de agravo, que terá efeito suspensivo.

<sup>227</sup> Art. 365, parágrafo único, do Código de Processo Penal: Poderá ser juntado aos autos, no prazo do *caput*, termo de acordo restaurativo celebrado entre as partes.

<sup>228</sup> No parágrafo quarto do art. 351 foi acrescentado o termo cível em relação à defesa.

<sup>229</sup> Art. 421, inciso V, do Código de Processo Penal.

<sup>230</sup> Art. 368, parágrafo terceiro, do Código de Processo Penal.

<sup>231</sup> Foi incluída a expressão deficiência no parágrafo primeiro do art. 379 do Código de Processo Penal.



foram ampliadas aos estagiários do Ministério Público e Defensoria Pública<sup>232</sup>, impedindo-se também os companheiros de atuarem na mesma sessão de julgamento<sup>233</sup>. Para aqueles que recusarem ao serviço do Júri fundados em convicção religiosa, filosófica ou política, será determinado serviço alternativo de modo a não prejudicar as atividades laborais<sup>234</sup>.

Em relação à presença de jurados na sessão de julgamento, o legislador agiu com cautela pertinente ao incluir uma lista de suplentes.<sup>235</sup> Na prática, vários dos vinte e cinco jurados sorteados se ausentam pelas mais variadas razões, impossibilitando eventualmente a presença do mínimo legal – quinze – para o início da sessão. Portanto, a precaução é válida para evitar o adiamento dos julgamentos pela falta de jurado.

O atual Código prevê um novo critério de precedência após a separação do julgamento de corréus em razão das recusas das partes. Ainda prevalece a prioridade no julgamento do autor do fato e, na hipótese de coautoria, a condição de preso, o maior tempo de prisão e a precedência da decisão de pronúncia<sup>236</sup>. Sendo insuficientes esses critérios, será considerada a ordem decrescente de idade dos acusados<sup>237</sup>. Desta forma, institui-se um critério legal objetivo para ser aplicado em condições de igualdade.

Uma alteração peculiar foi a exclusão da previsão expressa dos apartes e de seu tempo regulamentar<sup>238</sup>. Contudo, ainda persiste a atribuição do Presidente do Tribunal do Júri de *dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes*.<sup>239</sup> A princípio, a modificação não é suficiente para extinguir o instituto, o qual é primordial nos debates orais em plenário. Os apartes constituem um importante freio aos excessos dos oradores, principalmente aos ataques pessoais (*argumentum ad Hominem*). Além disso, são essenciais na dialética, aumentando as possibilidades de contradição entre os argumentos apresentados; são relevantes para a sustentação de contra hipóteses e enfrentamento de falácias, estando amparados pelos princípios do contraditório e, às vezes, da plenitude de defesa. De qualquer forma, não há dúvida de que os apartes consentidos continuam permitidos no plenário.

<sup>232</sup> Art. 380, inciso V, do Código de Processo Penal.

<sup>233</sup> Art. 391, inciso I, do Código de Processo Penal.

<sup>234</sup> Art. 381, parágrafo 2, do Código de Processo Penal.

<sup>235</sup> Art. 376. O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de vinte e cinco jurados para a reunião periódica ou extraordinária, bem como quantidade suficiente de suplentes, de acordo com a complexidade e o número de sessões a serem realizadas (texto acrescentado da antiga redação).

<sup>236</sup> Art. 372 do Código de Processo Penal (antigo art. 429).

<sup>237</sup> Art. 412, parágrafo 3, do Código de Processo Penal.

<sup>238</sup> Art. 439, inciso XII, do Código de Processo Penal (antigo art. 497, inciso XII, do Código).

<sup>239</sup> Art. 439, inciso III, do Código de Processo Penal.

Após o juramento, o jurado recebe cópia da pronúncia e, se existentes, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, além do relatório do processo. Acrescentou-se a necessidade de o Magistrado indagar aos jurados acerca da pretensão da leitura dessas peças processuais<sup>240</sup>. Nota-se um retrocesso em relação à Lei n. 11.689/08, pois naquela ocasião o legislador suprimiu dispositivo referente à leitura de peças em plenário para diminuir a morosidade da sessão. Além do ato ser fatigante, revela-se de pouco proveito. Os jurados podem ler as peças individualmente, se assim o considerarem relevante. Além disso, causa perplexidade a entrega da cópia da pronúncia e de decisão posterior que julga admissível a acusação – e agora a sua leitura – juntamente com a proibição das partes mencionarem estes documentos durante suas exposições em plenário, mesmo que restritas à fundamentação, como prevê o novo texto legal<sup>241</sup>. Os jurados são leigos, geralmente não compreendem muitos termos utilizados pelo Magistrado. Aqueles que poderiam contribuir com um melhor esclarecimento da linguagem jurídica são impedidos de fazê-lo. Mesmo que o jurado possa questionar o Juiz, na prática, geralmente, não o faz por timidez diante do ambiente formal que envolve o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Outra inovação é o assento do acusado ao lado de seu defensor<sup>242</sup>. A motivação do dispositivo é a má impressão gerada aos jurados pelo isolamento físico do réu no plenário do Júri. Colocando-o ao lado de seu defensor, busca-se atenuar uma ilação de culpa em virtude da acusação, enfatizando-se que na sessão será efetuado o julgamento após o efetivo contraditório do suposto autor. Continua-se trilhando um caminho legislativo – Lei n.º 11.689 de 2008<sup>243</sup> – e jurisprudencial – Súmula Vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal<sup>244</sup> – de preocupação com as aparências no ápice do procedimento. Tal medida é compreensível por ser o jurado leigo, estando suscetível as mais variadas influências não jurídicas. Seria então a próxima providência um dispositivo para tratar das vestimentas do réu? Não resta dúvida de que estas podem causar uma ótima ou uma péssima impressão ao Conselho de Sentença. As medidas podem ser plausíveis, mas tratam das consequências e não a causa do problema: o jurado leigo. Esta mesma premissa é utilizada para censurar alguns temas durante os debates em plenário.

<sup>240</sup> Art. 415, parágrafo 2, do Código de Processo Penal.

<sup>241</sup> Art. 421, inciso I, do Código de Processo Penal.

<sup>242</sup> Art. 416, parágrafo 5, do Código de Processo Penal.

<sup>243</sup> Alterou o antigo art. 478 do Código de Processo Penal.

<sup>244</sup> Originária de processo do Tribunal do Júri, *Habeas Corpus* n. 91.952.

## 2 A PROIBIÇÃO DE MENÇÃO DOS TESTEMUNHOS PRODUZIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL NOS DEBATES EM PLENÁRIO

Seguindo a iniciativa de vedar determinados tópicos em plenário, o legislador acrescenta mais uma restrição de grande impacto para o julgamento<sup>245</sup>. Já o fizera nas alterações estabelecidas pela Lei n.º 11.689/08. Na ocasião, também se impossibilitou, como regra geral, o uso de algemas durante o julgamento. Sem dúvida, esta prática causa mais uma impressão negativa ao jurado, leigo. Entretanto, não há como mascarar a presença da escolta policial nem mesmo o fato de o acusado estar preso preventivamente, situação que pode ser mencionada nos debates. A lei pode criar restrições no procedimento, mas evidentemente não altera a realidade.

A intenção de proibir a menção dos testemunhos produzidos no inquérito policial nos debates em plenário não envolve apenas a capacidade do jurado leigo apreciar esta prova, mas trata, essencialmente, do sistema acusatório, restringindo a apreciação da prova àquelas produzidas judicialmente. É o princípio da jurisdicionalidade, sétimo axioma do sistema de garantias (FERRAJOLI, 2002: 75), o qual permite a verificabilidade ou refutabilidade da acusação e sua efetiva comprovação. Almeja-se excluir provas produzidas sem o devido processo legal, sem publicidade e contraditório.

Não há dúvidas da maior segurança das provas produzidas em juízo. Entretanto, a exclusão compulsória do inquérito policial dificulta substancialmente o objetivo primordial do processo: a busca da verdade (LAUDAN, 2013: 218). O decurso do tempo muitas vezes é deletério para a produção probatória. Os vestígios e a memória humana são frágeis diante do passar dos dias. Em função disso, muitas provas não podem ser reproduzidas em juízo ou perdem seu conteúdo. Portanto, deve-se conciliar as demais finalidades da instrução – garantias – com a busca da verdade (FERRER, 2007: 77). Nesta colisão de interesses, é adequado excluir a prova ilícita. Uma confissão mediante tortura jamais será admitida em um sistema que tutele a dignidade da pessoa humana (ESTRAMPES, 2014: 22). A verdade não pode ser obtida a qualquer preço (QUEIJO, 2012: 63). Contudo, não se pode equiparar a investigação extrajudicial com a prova ilícita, presumindo-se a incongruência da atividade estatal. Em virtude da ausência de publicidade, contraditório e jurisdicionalidade, o inquérito policial deveria ser avaliado com reservas, porém de forma racional pelo julgador, juntamente com os demais substratos colhidos nos autos. A averiguação da verdade é uma condição de êxito institucional (VÁZQUEZ, 2015: 69).

Os atuais problemas das investigações policiais em grande parte do país são inegáveis. Faltam recursos financeiros e humanos para a aplicação

<sup>245</sup> Art. 421, inciso III, do Código de Processo Penal.

das mais modernas técnicas de apuração delitiva. Porém, o caminho escolhido pelo legislador para lidar com esta lamentável realidade – a sua exclusão – não é o mais proffcuo. Dever-se-ia aprimorar a atividade probatória extrajudicial, por exemplo, com a filmagem das oitivas colhidas e com a presença efetiva de defensor nos interrogatórios, atualmente facultativa. Claro que, por sua natureza, jamais se equipará o inquérito policial com a instrução processual em suas garantias. Em virtude de ser um instrumento de investigação – apurase a autoria criminal, é inviável a permanente presença da defesa em todos os atos. Contudo, essas características do inquérito policial não impedem a busca de seu aprimoramento, utilizando-se a tecnologia disponível para qualificar a prova produzida, aumentando-se seu grau de fiabilidade.

Esta melhora da qualidade da prova e sua produção em maior escala é algo essencial para a redução de erros do julgador. Notadamente, se o jurado dispuser de diversos dados com maior conteúdo científico, maior será a probabilidade de acerto em sua decisão. É preciso, portanto, o máximo de informação relevante para julgar com precisão. Este raciocínio aplica-se empiricamente para qualquer área do conhecimento humano, desde um médico que opera um paciente a um engenheiro que constrói um prédio em um terreno. A qualidade e quantidade de informações será sempre vital para o êxito da empreitada. Com mais elementos de prova, articulam-se, de forma mais racional, as hipóteses e contra hipóteses, fundamentando-se convincentemente a decisão judicial. Até mesmo um mero indício, combinado com outros elementos isoladamente pouco persuasivos, pode, em conjunto, formar uma conclusão robusta a respeito do evento ocorrido (VÁZQUEZ, 2015: 131). As regras ante epistêmicas – como a exclusão do inquérito policial – limitam a possibilidade de utilizar todas as provas relevantes. O procedimento não deveria criar obstáculos para a descoberta da verdade (TARUFFO, 2010: 139).

Um dos argumentos para excluir a prova produzida no inquérito policial é a ausência de contraditório, característica relacionada com a falta de publicidade dos atos. Por sua natureza investigativa, o sigilo de determinados atos é crucial para a apuração da autoria delitiva. Avisar o suspeito da iniciativa policial possibilitaria uma medida para contaminar um vestígio, por exemplo. As garantias do acusado são indubitavelmente um dos pilares do Estado democrático de direito, porém estas existem precisamente para impedir condenações injustas, maximizando as possibilidades de refutação da acusação e comprovação de inocência (ambas facultativas). Paradoxalmente, ao se vedar a apreciação da prova extrajudicial, aumenta-se consideravelmente a possibilidade de julgamentos equivocados pela falta de elementos qualitativos e quantitativos para retratar o crime ocorrido e seu autor, em detrimento daquilo que se queria garantir: reduzir os erros, não se condenando um inocente.

A vedação de conteúdo probatório é ainda questionável sob o aspecto constitucional. Como negar a menção de um testemunho extrajudicial que indique um alibi de um acusado de homicídio duplamente qualificado? O princípio constitucional da plenitude de defesa<sup>246</sup> certamente ampara tal pretensão, não podendo ser suprimido por mera regra processual (ou qualquer outra por ser cláusula pétrea). A limitação do campo probatório das partes é uma perigosa iniciativa, agravada pela falta de preparo acadêmico do julgador no Tribunal do Júri.

A inclusão de provas relevantes é pressuposta para descobrir efetivamente o ocorrido, almejando se aproximar da verdade. A riqueza de informações é o norte do princípio de relevância inclusivo, com o intuito de confirmar ou refutar as hipóteses possíveis. A única limitação lógica em um sistema racional seria a própria relevância da prova (FERRER, 2007: 54). Inegavelmente, a abundância probatória pertinente eleva a probabilidade de correição do julgado. A crítica da exclusão da prova relevante é fundada na menor possibilidade de a decisão retratar corretamente o acontecido na sua ausência.

Outro fator pertinente em relação a vedação da menção dos testemunhos colhidos no inquérito policial é o contexto dos debates no plenário do Júri. Embora o Magistrado esteja habilitado legalmente para intervir na hipótese de determinados excessos, geralmente não o faz para evitar uma falsa impressão ao jurado. Por ser leigo, muitas vezes este presume que a advertência é uma simpatia com a causa contrária ou uma reprovação à tese do orador. Esta delicada situação, juntamente com o já mencionado princípio constitucional da plenitude de defesa, ocasionam uma certa liberdade das partes na exposição de suas teses. São mencionados julgados, experiências pessoais, contos e até ditos populares. Quase tudo é alegado para convencer quem não é instruído legalmente, inclusive diversas falácias. Embora sejam uma forma de raciocínio incorreto, estas podem ser psicologicamente bastante persuasivas (COPI, 1978: 73). O tema merece uma análise mais detalhada em virtude de sua recorrente incidência.

O *argumentum ad misericordiam* é uma das falácias mais utilizadas nos julgamentos e em nosso cotidiano. Apela-se à compaixão para despertar a piedade dos jurados. A defesa utiliza deste ardil ao mencionar as mazelas causadas por longos anos no cárcere, bem como a acusação ao recordar do sofrimento dos familiares da vítima. Já no *argumentum ad Populum* estimula-se a audiência com elementos periféricos, como uma oratória vibrante e rebuscada, latinismos, elegância, pirotecnia e até música, concluindo-se que todos sabem da veracidade da conclusão sustentada. Contudo, o entendimento majoritário não representa necessariamente autenticidade. Outra fraude

<sup>246</sup> Art. 5, inciso XXXVIII, alínea a, da Constituição Federal.

argumentativa é o *argumentum ad Baculum*. Apela-se à força para a aceitação de uma conclusão. Ocorre quando o Ministério Público evoca sua condição de ente público promotor de justiça, ou se o defensor destaca seu renomado prestígio e titulação na comunidade jurídica. Técnica semelhante é utilizada no *argumentum ad Verecudiam*, beneficiando-se do respeito que as pessoas nutrem por pessoas famosas. O apelo à autoridade é comum nos julgados com a apresentação de pareceres encomendados de supostos especialistas. Outro engodo é a *ignoratio elenchi*, uma conclusão irrelevante; um argumento que postula legitimar uma específica conclusão é dirigido para provar outra. Um exemplo desta falácia é uma longa exposição da gravidade e brutalidade do crime de homicídio qualificado pelo Ministério Público na pretensão de comprovar a autoria delitiva. Durante um prolongado debate, a fadiga pode causar distrações, passando despercebidas as questões mais relevantes (COPI, 1978: 87). No momento do questionamento ao réu e às testemunhas, surge recorrentemente a falaz pergunta complexa. Ao questionar o acusado onde escondeu a arma do crime, o representante do *Parquet* tenta incriminá-lo. Finalmente, ressalta-se o *argumentum ad Hominem* ou *argumentum ad persona* (SCHOPENHAUER, 1997: 180), recurso de ataque pessoal ao adversário. O destaque das características negativas da parte contrária é muitas vezes eficiente, porém o caráter do orador é logicamente irrelevante para determinar a verdade ou falsidade da tese que sustenta. Não raramente a fúria do jurista se volta contra o réu ou a vítima. Ressaltam-se antecedentes criminais e uma conduta social inadequada, rotulando-se pejorativamente o homem. Julga-se pelo que se é, e não pelo delito pretensamente cometido (FERRAJOLI, 2002: 179). Difama-se a memória indefesa da vítima.

A exposição de parte das falácias utilizadas no plenário do Tribunal do Júri ilustra como é inútil tentar esterilizar os debates. Contraria a própria natureza da independência funcional do membro do Ministério Público e o princípio constitucional da plenitude de defesa. O legislador foi ineficiente em sua pretensão de impedir o uso de algemas em plenário, pois a menção da decretação da prisão da preventiva pode ser efetuada nos debates, além de se saudarem os policiais responsáveis pela escolta do acusado. Assim como será possível arrolar como testemunha em plenário o Delegado de Polícia e os investigadores para dissecarem as diligências praticadas durante o inquérito policial. Não há como impedir a linha de argumentação das partes.

No caso do Ministério Público, a limitação de exposição de parte do inquérito policial é ainda mais dramática, pois o *Parquet* tem a obrigação moral de expor aos jurados todas as provas relevantes. Ele é defensor da sociedade e fiscal da lei, não podendo depreciar indícios importantes para o julgamento. Alguns detalhes dos testemunhos se perderão com o tempo em virtude da falibilidade da memória humana. Não será mais possível reproduzi-los em juízo.

Mais do que inviabilizar a atribuição do Ministério Público, as censuras depõem contra a finalidade da justiça, turvam a visualização dos fatos pretéritos. Não se alcança a verdade sem transparência na apreciação de todas as provas pertinentes. Os obstáculos à descoberta da verdade indicam a resistência das regras procedimentais a nossa vontade (WILLIAMS, 2006: 128). A certeza absoluta não é um resultado juridicamente exigível, mas sua persecução é um dever do Estado, fundamento primordial de um sistema ético.

Tolher os jurados dos acontecimentos é um equívoco, pois a probabilidade de correção da sentença está diretamente relacionada com a riqueza de informação (VÁZQUEZ, 2015: 33). Eventuais falácias utilizadas pelas partes são suscetíveis de controle pelo princípio do contraditório. O adversário deve expor esta pobreza de argumentos durante os debates orais no plenário do Júri, nos apartes, na réplica ou na tréplica. Nestes momentos devem ser desmascarados os raciocínios incorretos e as falsas premissas.

### **3 A EXCLUSÃO DOS QUESITOS REFERENTE À MATERIALIDADE E À AUTORIA DO DELITO**

O legislador do Código de Processo Penal continuou a simplificação da quesitação na votação, como fizera na Lei n.º 11.689/08. Antes desta, as várias teses defensivas eram demandadas aos jurados, com o desdobramento em vários itens. A confusão gerada no julgador leigo motivou mais uma modificação, excluindo-se as perguntas referentes à materialidade – e conseqüentemente da tentativa - e autoria delitivas<sup>247</sup>. A previsão legal de questionar a materialidade do crime sempre foi muito criticada, pois o réu não seria pronunciado sem efetiva prova da ocorrência de um delito. Já a autoria do crime é acolhida ou afastada indiretamente no item referente à absolvição. Esta alteração inclusive impede a possibilidade de absolvição do réu sem nenhum fundamento, após ser refutada única tese defensiva de negativa de autoria<sup>248</sup>. Evita-se, assim, uma contradição lógica entre as respostas<sup>249</sup>.

Desta forma, questiona-se, primeiramente, se o acusado deve ser absolvido. Em seguida, perquire-se se existe causa de diminuição alegada pela defesa. Ao final, indaga-se se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecida na pronúncia.<sup>250</sup> Na hipótese de se alegar, nos

<sup>247</sup> Art. 426 do Código de Processo Penal.

<sup>248</sup> No RHC 170559/MT, em 3/12/19, o relator Ministro Marco Aurélio considerou que, na legislação à época, o jurado poderia absolver o réu com base na livre convicção e independentemente das teses vinculadas.

<sup>249</sup> A previsão do antigo art. 490 foi afastada, tendo em vista que os quesitos formulados pelo Magistrados não podem gerar respostas contraditórias.

<sup>250</sup> Art. 426, incisos I, II e III, respectivamente, do novo Código de Processo Penal.



debates em plenário, desclassificação do crime para outro de competência do Juiz singular, será formulado quesito preliminar.<sup>251</sup> O momento deste questionamento – antes ou depois da pergunta obrigatória de absolvição – é causa de controvérsia na doutrina. Parece mais adequado sua anterioridade e que, após não se considerar competente para o julgamento de crime não doloso contra a vida, o Conselho de Sentença não pudesse avaliar o mérito da causa. Entretanto, o quesito obrigatório de absolvição, causa de nulidade<sup>252</sup>, sempre impediu essa sistemática. Resta aguardar o futuro entendimento jurisprudencial após a alteração legislativa.

Gradativamente, o legislador vai enxugando o questionário aos jurados. A falta de conhecimento jurídico dos juízes leigos motiva esta busca por mais coerência nas respostas. Mais profícuo seria o Conselho de Sentença responder a quesito único de absolvição, porquanto apenas analisaria a adequação da conduta social avaliada. A definição técnico jurídica seria atribuída ao Magistrado, profissional qualificado para fazê-lo. Isso aplacaria uma das mais pertinentes críticas ao procedimento, a ausência de fundamentação da decisão. O veredito é irracional, constituindo uma *black box* (TARUFFO, 2010: 211). Tal característica dificulta inclusive o duplo grau de jurisdição, recorrendo-se do desconhecido. Não há como identificar os erros das conclusões do julgado. No procedimento do Júri, verdade é o que o jurado afirma, não conformidade com a realidade (KELSEN, 2001: 209).

Em vez de se inspirar na pergunta única do sistema norte-americano, importou-se a ideia de os jurados debaterem entre si – até uma hora – sobre a votação.<sup>253</sup> O novo dispositivo é flagrantemente inconstitucional, tendo em vista o princípio constitucional do sigilo das votações no Tribunal do Júri.<sup>254</sup> Além disso, é ilógico, uma vez que, após a exposição dos pensamentos individuais não há fundamento para a votação sigilosa por intermédio de cédulas.

Os problemas relacionados à quesitação sempre tiveram como causa a limitada capacidade de interpretação jurídica do jurado. Simplificar ao máximo o que se é demandado parece ser o caminho mais eficaz para evitar análises equivocadas. Porém, provavelmente não seja suficiente para impedir erros graves nos julgamentos.

O Tribunal do Júri surgiu na França, após a revolução francesa, para substituir um Poder Judiciário vinculado à Monarquia por um colegiado do povo. Difundiu-se pela Europa como um ideal de liberdade e democracia a

<sup>251</sup> Parágrafo 4 do art. 426 do novo Código de Processo Penal.

<sup>252</sup> Súmula 156 do Supremo Tribunal Federal: é absoluta nulidade por falta de quesito obrigatório.

<sup>253</sup> Art. 428 do Código de Processo Penal.

<sup>254</sup> rt. 5, inciso XXXVIII, alínea b, da Constituição Federal.



ser perseguido (NUCCI, 2008: 42). Contudo, o instituto está gradualmente em desuso nos sistemas jurídicos mundiais. Na França, na Alemanha, na Áustria, na Grécia, na Itália e em Portugal predomina o Tribunal dos Escabinos, colegiado semelhante ao Júri. O Conselho de Julgamento é constituído por Juízes togados e cidadãos leigos, os quais julgam e fixam a pena (TOURINHO FILHO, 1999: 19). No Brasil, o Tribunal do Júri é cláusula pétrea da Constituição Federal, porém nada impede a criação de mecanismos auxiliares ao jurado leigo. Na Itália, o assessorado permitia o voto do assessor, com o qual o jurado procurava se instruir, sendo apenas consultivo. É preciso evoluir neste aspecto, fundamentalmente porque o jurado analisa as provas processuais segundo sua íntima convicção – os impulsos de sua consciência – sem um mapeamento argumentativo jurídico e lógico.

#### 4 CONCLUSÃO

O novo procedimento dos processos de competência do Tribunal de Júri manteve substancialmente a estrutura da legislação anterior, com modificações pontuais. Apenas apresentou alterações significativas referentes ao aumento das censuras em plenário e com a exclusão dos quesitos referentes à materialidade e à autoria do crime.

A necessidade de simplificação da quesitação decorre da falta de capacitação jurídica do jurado. Foram excluídos os quesitos da materialidade – e consequentemente da tentativa – e da autoria delitiva. Aquele era desnecessário em virtude da avaliação da ocorrência do fato na pronúncia, enquanto este já era abrangido na pergunta referente à absolvição (evitando inclusive a absolvição sem amparo de tese defensiva). As mudanças auxiliam o julgador, porém é ainda preciso enfrentar o problema da falta de fundamentação da decisão. A liberdade de valoração da prova – livre convicção – permite um critério discricionário de valoração, admitindo o arbítrio. Sem a necessidade de explicar o veredito, dificulta-se demasiadamente a identificação dos erros da decisão.

Já a ausência de publicidade, do contraditório e da jurisdicionalidade da investigação da polícia judiciária motivaram a vedação da menção dos testemunhos produzidos no inquérito policial nos debates em plenário. O desconhecimento da menor qualidade da prova produzida nesta fase pelo jurado leigo fundamenta mais uma restrição aos oradores. Em vez de se enfrentar a real causa do problema, busca-se minorar o estrago gerado pelo julgador sem conhecimento jurídico. Contudo, a opção probatória qualitativa menospreza a importância do aspecto quantitativo. E muito pior, cria mais uma regra ante epistêmica para a descoberta da verdade, condição vital para o êxito da justiça. Eventuais excessos e falácias podem ser contidos pelo princípio



do contraditório, com a apresentação de hipóteses e contra hipóteses. A livre exposição de ideias é essencial na dialética.

É preciso melhorar as condições do jurado leigo, não tratá-lo como um inimputável incapaz de assimilar a realidade. Ao dispor do maior número de provas relevantes – lícitas, aumenta-se a probabilidade de correção da decisão, finalidade primordial do processo. Não há justiça sem transparência. A publicidade dos fatos sob análise permite uma maior riqueza de informações, facilitando a reconstrução histórica do delito. Em vez de impor obstáculos no procedimento, é preciso dotar de racionalidade as decisões do Tribunal do Júri.

**REFERÊNCIAS**

- COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. 3. ed. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1981.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- KELSEN, Hans. **O que é Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- LAUDAN, Larry. **Verdad y error y proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. **El Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. 2. ed. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- QUEIJO, Maria Elizabeth Queijo. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**. Rio de Janeiro: Editora Topbooks, 1997.
- TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdade**. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Código de Processo Penal Comentado** 2, 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- VÁZQUEZ, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- WILLIAMS, Bernard. **Verdad y Veracidad**. 1. ed. Barcelona: Tusquets Editores, 2006.



## BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS PROCEDIMENTOS SUMÁRIO E SUMARÍSSIMO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

George Zarour César<sup>255</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa analisar os procedimentos sumário e sumaríssimo propostos no Anteprojeto de Novo Código de Processo Penal em trâmite na Câmara dos Deputados, suas implicações práticas e teóricas, além de sugestões para aprimoramento e conformação do novo texto a ser aprovado pelo Congresso Nacional.

**Palavras-chave:** Projeto Novo Código de Processo Penal – Procedimento Sumário – Procedimento Sumaríssimo – Transação Penal – Julgamento Antecipado.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. O proposto Procedimento Sumário e suas implicações. 3. Das tímidas mudanças do Procedimento Sumaríssimo 4. Conclusão. 5. Referências.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir do viés reformista que fora implantado no país nos últimos anos, a peça-chave para uma profunda reforma no sistema penal brasileiro é a atualização do aparato jurídico-legal da sistemática processual, dando-se ênfase num processo penal célere, resolutivo e efetivo.

Com uma legislação processual penal que se aproxima dos 80 anos de existência e vigência, extremamente burocrática e inefetiva, o sistema processual penal necessita de uma profunda reanálise e atualização, de modo a permitir o amplo e efetivo combate à criminalidade crescente e cada vez mais organizada que assola e assombra o país. Num modelo de combate à criminalidade organizada baseado em requisições de documentos e oitiva de testemunhas, quando muito além, “rezando-se” pela confissão do investigado, não haveria como se obter outro resultado a não ser o catastrófico número de 60.000 homicídios alcançados no ano de 2016<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> Promotor de Justiça do MPMS. Mestre em Direito em Penal, Processo Penal e Garantismo pela Universidade de Girona-Espanha. Especialista em Direito Público e Processo Penal pelo Complexo Damásio de Jesus. Membro do Conselho Administrativo-Consultivo da Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (ESMP-MS). Professor de cursos de Pós-Graduação e de cursos preparatórios para concurso.

<sup>256</sup> Fonte: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-06/brasil-ultrapassa-marca-de-62-mil-homicidios-por-ano>.

E não obstante, como se já não bastassem as inúmeras dificuldades na persecução penal na parte investigativa, no que se refere a parte processual, já com ação penal deflagrada, melhor sorte não há.

Nos últimos anos (talvez por uma falta de referência, de valores a serem seguidos ou até mesmo por ideologização política do processo penal – seja qual ela for) o que se viu no país afora, fora um enaltecimento absoluto do direito da impunidade. Ao réu tudo!! À vítima nada! Decisões, interpretações jurisprudenciais, reformas legislativas pontuais, súmulas, etc., sempre se voltaram à máxima proteção do réu, relegando-se ao último plano o direito das vítimas.

Poucos bradaram e bradam a proteção da vítima de infração penal. Nesse ínterim, o Ministério Público e a Polícia parecem serem vozes isoladas. Mas, como todo início tem também um fim correspondente, ao que parece, a presente reforma tenta reverter este quadro.

Muito se verá nas próximas linhas deste estudo, que o legislador se preocupou em resguardar parte dos interesses da vítima no processo. Poderia ter avançado mais, é claro. Mas, o proposto até o momento, já traz uma luz ao fim do túnel para aqueles que mais sofrem as consequências do fato delituoso. Sim! São as vítimas que devem estar em primeiro plano no processo penal. Não o réu, como alguns há muito falam e querem fazer crer.

Nas mudanças relativas aos procedimentos sumário e sumaríssimo, o papel da vítima foi enaltecido timidamente. Sua participação nos atos processuais, sua legitimidade ativa para as demandas e seu papel na sentença extintiva de punibilidade são algumas das inovações trazidas por este Anteprojeto. Comungando das sistemáticas processuais estrangeiras de justiça penal consensual e/ou negociada (reinaugurada com mais vigor pela Lei 12.850/2013), a reforma propõe uma sistemática voltada à resolução da lide penal pelas partes envolvidas.

A proposta busca no procedimento sumário, tão esquecido e subutilizado pelo atual Código de Processo Penal, um elogiável aumento no alcance do instituto da transação penal, que passará a atingir crimes cuja pena máxima chegam a 8 (oito) anos. Desta feita, crimes considerados de médio ou até mesmo de alto potencial ofensivo, terão o benefício à disposição das partes para a negociação, acordo e resolução do mérito de maneira célere e efetiva.

Cria-se com esta nova roupagem à transação penal, uma nova fase no procedimento sumário, não somente diminuindo entraves de quantidade e complexidade de certos atos processuais em relação ao procedimento ordinário como o vigente código faz (ex: número de testemunhas reduzidos, prazo de instrução menor etc.).

Pecou o presente Anteprojeto, e adiante abordaremos com maior ênfase, em não alocar a vítima no procedimento de negociação. A exemplo, dentre os requisitos estabelecidos para a concretização da avença, olvidou-se do necessário e premente ressarcimento dos danos causados à vítima como uma de suas condicionantes. Ou mesmo, o acompanhamento processual por meio do assistente de acusação nesta fase resolutive.

Por outro lado, no que tange ao procedimento sumaríssimo, o que melhor fez o Anteprojeto foi ampliar a participação da vítima no processo (como já dito) e unificar a legislação processual num único diploma. Na realidade, o Anteprojeto proposto baseia-se inteiramente na vigente lei dos juizados especiais – Lei 9.099/1995, trazendo algumas poucas inovações retiradas da praxe forense, inserindo-se a vítima neste contexto.

Assim sendo, algumas sugestões serão expostas neste trabalho, a fim de subsidiar uma reflexão aprofundada acerca das necessidades de aprimoramento da redação do Anteprojeto, sem qualquer pretensão de exaustão ou conclusão da temática.

De todo modo, as inovações trazidas pelo futuro diploma instrumental são positivas, dando-se efetividade e utilidade ao procedimento sumário, e aprimoramentos ao procedimento sumaríssimo, como veremos.

## 2 O PROPOSTO PROCEDIMENTO SUMÁRIO E SUAS IMPLICAÇÕES

O Substitutivo do Projeto de Lei nº. 8045 de 2010 que tramita na Câmara de Deputados trouxe no Capítulo III do Título II a regulamentação do procedimento Sumário no Processo Penal. Por definição do artigo 293, §1º, II, o procedimento comum será “sumário, quando no processo se apurar crime cuja sanção máxima não ultrapasse oito anos de pena privativa de liberdade”.

De início, já se percebe uma grande mudança em relação ao vigente Código de Processo Penal que é a ampliação do rol de crimes que serão processados mediante o rito sumário. No atual Código de Processo Penal<sup>257</sup>, o art. 394, §1º, II determina que os crimes sancionados com pena máxima inferior a 4 (quatro) anos é que serão processados mediante o rito sumário, enquanto no Anteprojeto, elevou-se esse patamar aos crimes punidos com pena máxima de até 8 (oito) anos.

---

<sup>257</sup> Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; (...).

Na prática, essa mudança alcança um número consideravelmente maior de tipos penais que abarrotam as delegacias de polícia e os cartórios das varas criminais Brasil afora. A exemplo, os crimes de furto qualificado, estelionato, o incêndio, a denunciação caluniosa, as falsificações de documentos públicos e particulares e sua respectiva utilização, a concussão, o tráfico de influência, o descaminho, a dispensa indevida ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais, e, até mesmo, o crime de constituição de milícia privada e de financiar, promover, integrar ou constituir organização criminosa serão processados através do presente rito.

Logicamente, que em alguns dos citados crimes, a depender das circunstâncias do fato, poderiam revelar outros fatos delituosos que, deste modo, impediriam a utilização do rito sumário. E, de fato, alguns crimes não poderiam ser processados de maneira tão singela, dada a sua gravidade e periculosidade social, tais como os crimes de organização criminosa e constituição de milícia privada, já que necessariamente são acompanhados da prática de outros tipos penais (tráfico de drogas, tráfico de armas, rufianismo, porte de armas, munições, ameaças, torturas, etc.).

Isso porque, a alteração legislativa que se propõe trouxe a possibilidade de transação penal para os crimes abarcados pelo rito sumário, o que, por si só, traria uma grande celeuma no mundo jurídico e moral, tendo em vista a possibilidade de se transacionar com os autores de crimes graves (como os já supracitados), o que invariavelmente aumentaria a sensação de impunidade e insegurança que há muito já assombra nossa sociedade.

Nesse sentido, imperiosa a análise do art. 308 do substitutivo que ora se aprofunda. Veja-se, *in verbis*:

Art. 308. Ressalvados os casos submetidos ao Tribunal do Júri e de violência doméstica contra a mulher, até o início da audiência de instrução, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena nos crimes que não estejam submetidos ao procedimento sumaríssimo e cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos.

Somando-se ao disposto no art. 293, §1º, II, o art. 308 enumera as hipóteses que não serão submetidas ao procedimento sumário, sendo assim, vedada a transação penal para tais casos, como os crimes submetidos ao Tribunal do Júri, os que envolverem violência doméstica e familiar contra a mulher, os que serão submetidos ao procedimento sumaríssimo, e os que forem punidos com pena máxima superior a 8 anos.



Pelo exposto, conclui-se que inúmeros crimes foram retirados do rol cujo autor pudesse se beneficiar da transação penal, quer seja pela alta ou baixa gravidade e ofensividade do fato (homicídio e contravenções penais) quer pela espécie do crime (violência contra mulher). E, deste modo, nada impediria uma escolha do legislador em retirar da possibilidade de processamento pelo procedimento sumário com possibilidade de transação penal os crimes de constituição de milícia privada (art. 288-A do CP) e de organização criminosa (art. 2º da lei 12.850/2013), justamente pela espécie de crime e por sua alta gravidade.

Não obstante, o artigo disse menos do que deveria. Uma dúvida que surge a partir desta redação é a possibilidade ou não de alcance do procedimento (e de suas benesses) aos crimes praticados contra idoso, definidos no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), aos crimes praticados contra crianças e adolescentes, estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), os crimes de racismo (Lei 7.716/89) e contra pessoas portadoras de deficiência (Lei 7.853/89). Isso porque, *ubi eadem ratio ibi idem jus* – (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito), sendo que a proteção de grupos vulneráveis deveria seguir a mesma regra estabelecida para a espécie dos crimes de violência familiar contra a mulher, tendo a vedação expressa de utilização do procedimento e de seus consectários.

Mas o mais grave desta mudança – desde que não haja uma maior delimitação para utilização do procedimento – é a aplicação do mesmo para o gravíssimo crime de tortura, tipificado no art. 1º<sup>258</sup>. da lei 9.455/97, cuja pena

<sup>258</sup> Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;

III - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente

máxima é a de reclusão de até 8 (oito) anos, salvo nas modalidades previstas no parágrafo 4º, cujas penas serão aumentadas de um sexto a um terço.

É imperiosa a necessidade de se compreender a envergadura de uma mudança tão drástica, mesmo que de suma importância para esta guinada no sistema processual. Crimes como os citados não podem ser vistos como mero objeto de direitos transacionáveis, em que numa única reunião de 3 pessoas (membro do Ministério Público, defensor e acusado) se resolva a lide de casos tão graves, com inúmeras esferas de repercussões e consequências.

Com efeito, a novel “transação penal” trazida pelo Anteprojeto, por mais que tenha uma nova roupagem, com natureza de sentença penal condenatória, trata-se de um verdadeiro benefício ao acusado quando da análise dos requisitos para sua validade, e, principalmente, pelas faculdades destinadas ao magistrado no caso de homologação do acordo. Observe-se:

Art. 309. O requerimento da transação penal será apresentado por escrito e assinado pelas partes, e conterà obrigatoriamente:

I – a confissão em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – a indicação da pena a ser aplicada e regime inicial de cumprimento;

III – a declaração expressa das partes dispensando a produção das provas por elas indicadas, se for o caso;

IV – renúncia ao direito de impugnar a sentença homologatória.

(...)

Art. 311. Tendo como limite a proposta pactuada, o juiz poderá, atendidos os requisitos legais:

I – reconhecer circunstâncias que abrandem a pena;

II – substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos;

III – aplicar a suspensão condicional da pena.

Deste modo, é nítido caráter benéfico do novel instituto. Trazendo-se um olhar prático, ao se comparar o instituto com a atual transação penal do juizado especial criminal, tem-se que esta não alcança penas ou sanções de maior rigor justamente em razão de não haver concordância do acusado em

---

ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003).

III - se o crime é cometido mediante sequestro.

cumpri-las<sup>259</sup>. Sempre se retorna a velha prática de pagamento de serviços à comunidade (em muitos lugares em que se sequer existem – não passando de uma manhã/tarde de algum tipo de aula para comprovação do tempo de prestação) ou de uma prestação pecuniária de baixo valor (em muitas ocasiões, os famosos pagamentos de “cestas básicas”).

Nesse sentido, o poder de negociação da pena já nasce para o Ministério Público com uma extrema dificuldade em se atingir uma devida, justa e proporcional retribuição pelo mal causado pelo cometimento daquele delito. Daí que, mesmo se chegando a uma sanção de proporção razoável no acordo, ainda sim, poderia o magistrado, ao homologar a sentença, estipular benesses ao acusado que minariam por completo o poder de barganha do Órgão Ministerial.

Aliás, tal previsão legal poderia levar ao estímulo do Acusado em se submeter ao acordo com penas escolhidas pelo Parquet, tendo a reserva mental de que o Magistrado não as aceitaria, e aplicaria uma das benesses como forma de diminuição da reprovabilidade social da conduta.

A sugestão para a melhora na redação de tais dispositivos é a de se permitir que o magistrado também possa reconhecer circunstâncias que agravem a pena, ou recrudescam o regime de cumprimento da mesma. Afinal, o magistrado também poderia verificar que a punição avençada pelas partes violaria o princípio da proporcionalidade na vertente da proteção deficiente de bens jurídicos, e reconheceria circunstâncias que restabelecessem a punição escorreita e justa para o caso. Neste ínterim, o limite de fato para o magistrado seria a pena em abstrato cominada ao delito, e, assim, resguardaria sua posição de destinatário final do exercício do direito de punir do Estado.

Não sendo aceita tal sugestão, a melhor solução é a previsão pura e simples de o magistrado somente homologar ou não o acordo, resguardando-se eventual discussão de mérito (se justa ou injusta, baixa pena ou alta) para o momento da sentença penal após a instrução.

Na redação proposta, em caso verificado a hipótese mencionada, no máximo, o magistrado poderia não homologar a transação e aplicar o rito ordinário<sup>260</sup> para prosseguimento do feito, fazendo com que a transação fosse desentranhada dos autos, não permitindo-se as partes e ao juiz, durante o processo que voltará a transcorrer, fazerem qualquer referência aos termos dela<sup>261</sup>.

<sup>259</sup> Imagine-se uma prestação pecuniária de pagamento de 05 a 10 salários mínimos ou a prestação de serviços à comunidade de pintar uma escola municipal. Plenamente factíveis, plausíveis, mas jamais aceitas em decorrência do valor ou da falta de condições econômicas do autor do fato. Até mesmo porque, a sentença penal teria uma multa, v.g., de valor muitíssimo inferior a estas condições.

<sup>260</sup> Art. 314 do Anteprojeto: Não havendo transação entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

<sup>261</sup> Art. 313 do Anteprojeto: Não sendo a transação homologada, será ela desentranhada dos

Ainda, percebe-se que o instituto é benéfico ao réu, quando o próprio parágrafo 2º do art. 308 determina que o julgamento antecipado isentará o réu do pagamento das despesas e custas processuais.

Por outro lado, como já dito alhures, uma das falhas do Anteprojeto neste instituto foi a de deixar de lado a parte mais importante do Processo Penal: a vítima. Lamentavelmente, não se inseriu dentre os requisitos obrigatórios do requerimento da transação penal de que trata o art. 309, da obrigatoriedade de indenizar a vítima, de sua participação na avença ou de seu bastante procurador, nem de discordar por meio de recurso da transação proposta ou homologada.

Novamente, a vítima é esquecida e o réu, extremamente protegido.

Entrementes, a transação penal proposta pelo Anteprojeto, em muito se difere da atual transação penal estabelecida pelo art. 76 da Lei de Juizados Especiais – Lei 9.099/95. Nas palavras de Lima (2016, p. 229):

A transação penal consiste em um acordo entre o Ministério Público (ou querelante, nos crimes de ação penal privada) e o autor do fato delituoso, por meio da qual é proposta a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multas, evitando-se, assim, a instauração do processo.

O novel instituto trazido pelo Anteprojeto se encontra muito mais na vertente da Justiça Penal Negociada, nos moldes do *plea bargain*, do que do conhecido instituto despenalizador da Lei de Juizados Especiais. A diferença de natureza dos institutos é descrita pelo art. 312 do Anteprojeto: A decisão homologatória da transação tem natureza e estrutura de sentença penal condenatória, inclusive com os efeitos da condenação, e produzirá todos os efeitos legais dela decorrentes.

Sendo um dos dispositivos legais merecedores de elogios do Projeto, pois descreve clara e objetivamente a natureza jurídica da decisão homologatória, o artigo reconhece a decisão como sentença condenatória e determina a produção dos efeitos que dela decorrem, inclusive para fins cíveis. Diferentemente do disposto nos vigentes parágrafos 4º e 6º do art. 76<sup>262</sup> da Lei

---

autos, ficando as partes proibidas de fazer referência aos seus termos e condições, o mesmo se aplicando ao juiz em qualquer ato decisório.

<sup>262</sup> Art. 76 da Lei 9.099/95.

(...)

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

(...)

9.099/95 que não permitem o reconhecimento como sentença condenatória, a aplicação dos efeitos decorrentes desse tipo de provimento jurisdicional, a reincidência e os efeitos cíveis da sentença condenatória criminal.

Além disso, a transação penal da lei de Juizados impede a instauração do processo penal, enquanto no do Projeto de Novo Código de Processo Penal, o momento de transacionar é imediatamente anterior à realização da audiência de instrução e julgamento, já com a Ação Penal deflagrada.

Também, a transação penal do Novo Projeto, permite a aplicação de pena privativa de liberdade (Art. 308 “caput”, c./c. 309, II), exigindo a confissão do acusado em relação ao fato imputado (art. 309, I) e a renúncia ao direito de recorrer (Art. 309, IV), adentrando-se ao mérito e as provas na negociação e elaboração do requerimento. Já na vigente transação, nada disso é possível, sendo que não se discutira qualquer situação relativa à ocorrência ou não do fato ou a culpabilidade do autor do fato.

Noutro giro, percebe-se que, diversamente do constante no art. 76, §2º<sup>263</sup> da Lei de Juizados Especiais, não houve a inserção no Anteprojeto da necessidade de verificação pelo Órgão Acusador das circunstâncias subjetivas do acusado a ponto de permitir ou não a proposta de Transação Penal (ou julgamento antecipado de mérito), já que, na visão do legislador, tal instituto tratar-se-ia de um mero redutor de burocracia e demora processual. Uma fase do procedimento, para encurtar o trilhar até o julgamento, e não um benefício.

Nesse caminhar, o Anteprojeto trouxe o louvável artigo 315, que determina que não constitui direito público subjetivo do réu o julgamento antecipado de mérito, diferentemente do que se tem atualmente em relação à transação penal.

A intenção é boa, contudo, como já dito, do modo que fora elaborada, revela-se um verdadeiro benefício ao acusado. Por isso, as sugestões acima mencionadas.

Outro ponto positivo da proposta é que de fato há um Procedimento Sumário factível com esta fase processual criada. No atual modelo, o que se

---

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

<sup>263</sup> Art. 76 da Lei 9.099/95.

(...)

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

tem são situações muito singelas para diminuir a demora e a procrastinação do processo, sem qualquer utilização prática, devido ao grande volume processual e poucos recursos humanos e materiais para sua efetivação. Não é o número reduzido de testemunhas ou o número de dias para julgamento que imprimirá uma celeridade e efetividade no deslinde dos processos. Mas sim, boas e inovadoras práticas de protagonismo das partes na resolatividade das demandas.

Enfim, a alteração, no geral, é benéfica e inovadora, aliando-se as novas práticas de resolução consensual da lide penal, tais como o acordo de não persecução penal e os institutos correlatos à embrionária Justiça Penal Negociada no Brasil (colaboração premiada, delação premiada, transação penal, “sursis” processual, etc.). Acaso o legislador venha a inserir no contexto da negociação a participação das vítimas, as formas de reparação dos danos causadas a elas, bem como, a possibilidade de majoração de pena do acordo pelo Magistrado e o aumento de restrições do procedimento a certos crimes graves e praticados contra vulneráveis, o Anteprojeto resguardará a proporcionalidade e a justa aplicação da lei penal, pelo modo mais eficaz, célere e desburocratizado que a legislação pode proporcionar até o momento.

### **3 DAS TÍMIDAS MUDANÇAS DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO**

Em caminho contrário ao proposto no Anteprojeto no que se refere ao Procedimento Sumário, não se vislumbram mudanças significativas ao modelo atual do Procedimento Sumaríssimo.

Em resumo, o anteprojeto trouxe para o Diploma Processual Penal o contido na vigente Lei de Juizados Especiais – Lei 9.099/95, com algumas pequenas modificações que doravante se passa a analisar.

São exatos 28 artigos (vão do art. 316 ao art. 343.) que descrevem a sistemática do Procedimento Sumaríssimo que se desenvolverá perante o Juizado Especial Criminal. Na atual legislação da Lei 9.099/95, do artigo 60 ao art. 92, 32 artigos perfazem e conformam o Juizado Especial Criminal.

A exemplo, o art. 318 e seu parágrafo único que tratam da competência dos Juizados Especiais, são reflexos do art. 60 e seu parágrafo único da Lei 9.099/95. E, da mesma forma, os demais artigos das Disposições Gerais da Lei 9.099/95 (61 e 62), foram reproduzidos nos artigos 319 e 320 do Anteprojeto.

Novidade trazida pelo Anteprojeto foi o art. 321, que expressou a vedação de adoção do procedimento sumaríssimo no âmbito da Justiça Militar e dos crimes praticados contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar, nos termos da lei 11.340/2006.

Por sua vez, o artigo 322 do Anteprojeto, que trata da competência territorial (*ratione loci*), poderia ter dirimido a celeuma posta em relação ao

disposto no vigente art. 63 da Lei 9.099/95, que estabelece que “a competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal”.

Objeto de muita discussão, a expressão “foi praticada a infração penal” não deixa claro qual o momento do iter criminis definiria o foro competente. Vale-se dos ensinamentos de Lima (2016, p. 208/209) para expor o debate posto:

A expressão utilizada pelo legislador no art. 63 da Lei 9.099/95 – praticada a infração penal – acaba produzindo certa controvérsia doutrinária. Sobre o assunto, há, fundamentalmente, três posições distintas na doutrina:

Teoria da atividade: uma primeira corrente prefere interpretar a expressão como o lugar onde ocorreu a ação e a omissão, diferenciando-se, pois, da regra prevista no Código de Processo Penal (art. 70), que adota o local da consumação como o foro competente para o processo e julgamento do feito;

Teoria do resultado: uma segunda corrente afirma que praticar é levar a efeito, fazer, realizar, cometer, executar. Logo, infração praticada traduz a ideia de uma infração realizada, executada, ou, em linguagem jurídico-penal, consumada;

Teoria mista: face a expressão dúbia utilizada pelo art. 63 da Lei 9.099/95 – “praticada a infração penal” -, que confere a impressão de se referir à “execução”, mas também parece trazer em si o significado de “levar a efeito” ou “realizar”, que daria o sentido da consumação, prevalece a orientação segunda a qual a Lei 9.099/95 adotou uma teoria mista, podendo o foro competente ser tanto o do lugar da ação ou omissão quanto o do lugar do resultado, o que, de certa forma, atende ao critério da celeridade previsto no art. 62 da Lei 9.099/95.

Oliveira (2012, p.751) concorda com tal posicionamento, mencionando que:

Como não há uma opção explícita enquanto à teoria adotada, no que se refere ao lugar da infração, ao contrário, do que ocorre com o art. 70 do CPP (teoria do resultado), pensamos que a interpretação mais adequada aos princípios processuais que informam os Juizados (art. 62, Lei 9.099/95) é a aplicação da teoria da ubiquidade, segundo a qual se considera lugar da infração tanto onde ocorreu a ação ou

omissão como onde se produziu ou deveria se produzir o resultado, conforme o disposto no art. 6º do CP.

Com a iminente discussão e aprovação do Novo Código de Processo Penal pelo Congresso, o legislador terá a possibilidade de rever tal celeuma, aclarar e dirimir as dúvidas existentes com um texto claro e objetivo acerca de qual teoria o procedimento sumaríssimo adotará para definição de competência. Isto em razão de que, o texto proposto no art. 322 também não resolveu a *quaestio*. Adotando-se como premissa o trazido acima por Lima, a expressão “atos de execução” pode indicar tanto a adoção de uma teoria da atividade quanto da teoria do resultado. Atos de execução poderia significar “executar”, como também, uma ação ou omissão.

Entretanto, ao que tudo indica, na nossa visão, a expressão adotada pelo legislador tem como premissa a fase dos atos executórios do *iter criminis*, precedente à consumação. Nesse trilhar, embora iniciada a execução do crime, esta poderia não atingir a sua consumação (tentativa). Deste modo, dentro de tal corte do iter, estar-se-ia diante da ação ou omissão, que poderá vir a se consumir ou não.

Daí a interpretação que se pode retirar para concluir-se que a alteração proposta visa estabelecer uma unificação com a Codificação Processual Penal, tal qual o próprio Anteprojeto previu para competência pelo lugar, disposto no art. 118<sup>264</sup>.

Desta feita, a regra geral para fixação da competência territorial (*ratione loci*) é definida pela teoria da atividade, e, excepcionalmente, pela teoria do resultado.

Interessante e singela alteração é a indicada no art. 328 do Anteprojeto, que altera o atual art. 69 da Lei 9.099/95, de modo a permitir que “policia ou guarda municipal” lavrem boletim de ocorrência e o encaminhem imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima. Tal mudança retira a exclusividade do Delegado de Polícia para tal mister, já que os princípios da celeridade, economia processual e informalidade norteiam a atividade do Juizado Especial, quebrando-se assim esse entrave burocrático de somente uma autoridade poder remeter os autos ao Judiciário.

Entretanto, a atividade investigatória da Polícia Judiciária é resguardada pelo parágrafo 1º do mesmo artigo, que preconiza: havendo necessidade

---

<sup>264</sup> Art. 119. A competência, de regra, e como objetivo de facilitar a instrução criminal, será determinada pelo lugar em que forem praticados os atos de execução da infração penal.

§1º Quando não for conhecido ou não se puder determinar o lugar dos atos de execução, a competência será fixada pelo local da consumação da infração penal. Não sendo este conhecido, a ação poderá ser proposta no foro de qualquer domicílio ou residência do réu.



de exames periciais ou outras diligências investigativas, serão elas realizadas pela polícia civil ou federal.

Neste ponto, sugere-se a inclusão do Ministério Público, uma vez que possui poder investigatório concorrente às polícias, não podendo-se monopolizar o poder de investigação às policiais, como já decidido pelo STF no RE 593727<sup>265</sup>, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Decorrente da práxis forense, o proposto e novel parágrafo 2º do art. 333, permitirá que o juiz extinga a punibilidade do autor do fato, se, mesmo depois de rejeitada a composição civil dos danos na audiência preliminar, esta vier a ser firmada durante o processo e ser efetivamente recomposto o dano.

---

<sup>265</sup> Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “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 8.906/94, 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”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria. (RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015).

Mudança importante, que visa a resolução consensual do conflito e a proteção da vítima.

Sobre o instituto despenalizador da transação penal do procedimento sumaríssimo, algumas alterações foram incluídas no Anteprojeto, que dão soluções práticas a algumas discussões que hodiernamente existem no âmbito da lei 9.099/95. Neste espectro, andou bem o legislador. Veja-se.

A primeira inovação está consubstanciada no art. 335, §2º, I, que trata dos requisitos a serem preenchidos pelo autor do fato para gozar da benesse. Fora incluída a possibilidade de se oferecer o benefício ao autor da infração que já tenha sido condenado por infração penal a pena privativa de liberdade quando já tenha cumprido a pena ou esta tenha sido declarada extinta em razão da prescrição da pretensão executória a mais de 5 anos.

Por fatos pretéritos já extintos ou devidamente pagos à justiça (desde que após o lapso de 5 anos), ao autor do fato atual não se permitiria o gozo da benesse da transação penal, procrastinando-se, assim, os efeitos extrapenais das condenações anteriores. Poder-se-ia chegar numa infinita punição pela reincidência com tal vedação, de modo que a alteração vem dirimir tal problemática, permitindo-se, na hipótese descrita pela lei, a aplicação do instituto despenalizador.

Por conseguinte, foram inseridos na proposta os procedimentos relativos ao descumprimento da transação penal por parte do autor do fato (art. 335, §§6º, 7º, 8º e 9º). Os aspectos que mais chamam a atenção é a de que fora criada pelos parágrafos 8º e 9º a figura da detração daquela pena restritiva de direitos ou multa que inicialmente o autor começou a cumprir e após, descumpriu. No caso, os noveis comandos estipulam que deverão ser computados pela metade na pena definitiva, aquelas frações de penas restritivas ou de multa cumpridas em razão da avença penal.

Da mesma forma, vê-se com bons olhos a regra insculpida no §7º do mesmo dispositivo legal, que determinou a suspensão do prazo prescricional enquanto não houver cumprimento integral da pena imposta pela transação penal.

Já em relação a fase processual, uma crítica importante é da exclusão do parágrafo 3º do art. 77 da Lei de Juizados, correspondente ao art. 336 do Anteprojeto. Ao não se pronunciar sobre a ação penal privada, o legislador cria uma lacuna sobre o procedimento a ser adotado nesses casos. Nos artigos seguintes somente são tratados os procedimentos e atos relativos às ações penais públicas (condicionadas ou incondicionadas), olvidando-se por completo o procedimento relativo às ações penais privadas. Em continuidade, de vital importância, é a previsão dos poderes, faculdades, deveres, prazos e atribuições do Ministério Público no procedimento quando deflagrado mediante Ação Penal Privada. O que pode e dever fazer o *Custos Iuris* nestes

casos, deverão ser bem delineados pela legislação, sempre tendo como norte as disposições constitucionais que regem o Ministério Público.

Por outro lado, gize-se a louvável iniciativa do legislador em trazer ao procedimento e suas fases a participação da vítima, que será intimada para acompanhar os atos e as audiências (arts. 337, 340, 341).

O art. 340 explicita com clareza os atos a serem praticados durante a audiência de instrução e julgamento, não deixando quaisquer dúvidas acerca do procedimento. No mesmo sentido, inovação importante e condizente com o sistema dos crimes de menor potencial ofensivo é a descrita no art. 340, §4º, *in verbis*:

Nas infrações penais em que as consequências do fato sejam de menor repercussão social, o juiz, à vista da efetiva recomposição do dano e conciliação entre autor e vítima, poderá julgar extinta a punibilidade, quando a continuação do processo e a imposição da sanção penal puder causar mais transtornos àqueles diretamente envolvidos no conflito.

O legislador criou ao magistrado uma nova causa de extinção da punibilidade que visa impedir que o processo ou a sanção penal se torne um fardo às partes, gerando mais prejuízos do que a devida reparação pelo mal causado. A famosa cláusula de boa convivência entre as partes, pode ser considerada legislada doravante com o presente artigo.

No que tange ao sistema recursal, há uma crítica a ser descrita: o aumento do prazo para apelação e as contrarrazões de apelação não condizem com o rito célere que se busca no procedimento sumaríssimo. O ideal é que se mantivessem os prazos de 10 dias da atual Lei de Juizados Especiais – Lei nº. 9.099/95.

Outrossim, verifica-se que foram tímidas as mudanças no rito do Juizado Especial. Ao que parece, aos olhos do legislador, tal órgão da Justiça tem sido um bom instrumento de pacificação social, carecendo de uma revolução em sua sistemática.

#### **4 CONCLUSÃO**

O Substitutivo do Anteprojeto de Novo Código de Processo Penal, como toda lei nova no Brasil, traz, em geral, melhorias nos sistemas de procedimentos sumário e sumaríssimo.

A nova fase estabelecida ao procedimento sumário – a transação penal ou julgamento antecipado de mérito – contempla e enaltece a Justiça

Penal Negociada, permitindo-se às partes chegarem numa pena ideal para retribuição e reparação pelo dano causado.

As sugestões propostas de alteração visam dar mais credibilidade a tal avença, não permitindo-se que se diminua o poder de negociação do Ministério Público, ou beneficiando-se exclusivamente o réu e olvidando-se a vítima. O papel do juiz deve ser de fiscalizador da proteção de bens jurídicos, sejam do réu, da vítima ou da sociedade. A visão de um garantismo exacerbado ao réu somente traz insegurança e impunidade no nosso sistema. E o principal ator neste combate é o magistrado, defensor incansável das garantias constitucionais do cidadão e da coletividade.

Da mesma forma, no presente estudo tentou-se demonstrar a necessidade de enaltecimento da vítima no processo penal como um todo, mormente nos procedimentos ora em análise.

As alterações propostas no procedimento sumaríssimo são verdadeiros complementos à lei de Juizados Especiais vigente. Uma maior objetividade e clareza nos procedimentos e atos a serem aplicados e uma maior participação da vítima no processo, são os pontos de elogio que o Anteprojeto tem.

Enfim, analisando o teor da referida norma, constata-se que é salutar um avanço da justiça penal negociada e a inserção da vítima no contexto processual. Alguns aprimoramentos ora sugeridos ao texto analisado visam conformar e melhorar a forma prática e teórica dos institutos.

A proposição é bastante positiva para o desembaraço e desburocratização do instrumental do poder de punir do Estado. E, com uma melhor reflexão acerca de detalhes da proposta, e absorção dos detalhes sugeridos, o texto trará grande segurança jurídica e efetividade ao sistema processual penal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 13 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 13 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em: 13 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. **Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7853.htm). Acesso em: 13 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 13 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Acesso em: 13 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997. **Define os crimes de tortura e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm). Acesso em: 13 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm). Acesso em: 13 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova,**

**infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 13 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 593727.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em: 17 jan. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada – v. único.** 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal: volume único.** 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 16. ed., atual São Paulo: Editora Atlas, 2012.

## ASPECTOS RELEVANTES DA DISCIPLINA DAS DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES NO CPP-PROJETADO

Felipe Almeida Marques<sup>266</sup>

**Resumo:** O presente artigo apresenta algumas considerações sobre o Projeto do novo Código de Processo Penal, em trâmite na Câmara dos Deputados, notadamente acerca do capítulo - DAS DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES, que pretende regulamentar as medidas cautelares diversas da prisão. No início são feitas algumas considerações introdutórias, notadamente acerca da definição conceitual no tema e noção histórica. Após, foi realizada uma síntese comparando a estruturação do tema no atual Código de Processo Penal, datado do ano de 1941, mas atualizado pela Lei 12.403/11, no que tange ao tema em questão e foram tecidas considerações específicas para cada uma das medidas cautelares diversas da prisão constantes do Projeto de Lei em tramitação no Congresso. Por fim, abordou-se os prazos de cada uma das medidas e a possibilidade de detração, que foi introduzida na redação do projeto de lei e é uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Medidas Cautelares - 2.1. Conceito e Noções Introdutórias. 3. Principais alterações - 3.1. Estruturação - 3.2. Do recolhimento Domiciliar - 3.3. Do monitoramento eletrônico - 3.4. Da suspensão do exercício de função pública, profissão ou atividade econômica - 3.5. Da suspensão das atividades de pessoa jurídica - 3.6. Da proibição de frequentar determinados lugares - 3.7. Da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave - 3.8. Do afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima - 3.9. Da proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada - 3.10. Da suspensão do poder familiar - 3.11. Da proibição de ausentar-se da circunscrição judiciária ou do País - 3.12. Do bloqueio de endereço eletrônico na internet - 3.13 Do comparecimento periódico em juízo. 4. Dos prazos. 5. Medidas Cautelares e Detração. 6. Considerações finais. 7. Referências.

**Palavras-chave:** Projeto do Código de Processo Penal. Das demais medidas cautelares. Críticas. Considerações

---

<sup>266</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso do Sul. Coordenador Adjunto do Núcleo de Crimes Cibernéticos do MPMS. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito. Especialista em Cyber Threat Inteligentt pelo Instituto Idesp - Darius. Professor de Pós-graduação.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Após a redemocratização e ante às várias interpretações dadas pelo Supremo Tribunal Federal aos dispositivos do Código de Processo Penal, surgiu a necessidade de edição de um novo diploma, mais atual e condizente com a realidade do jurisdicionado brasileiro.

Muito embora a codificação atual date de 1941, com nítida inspiração no Código Rocco, diversos capítulos foram sendo atualizados ao longo dos anos, notadamente aquele que será abordado nesse artigo. Além disso, múltiplas leis abordando pontos específicos do código foram sendo editadas, no intuito de modernizar a legislação processual penal ou adequá-la aos anseios sociais, políticos e econômicos.

Com efeito, embora tenha sido atualizado, legislações extravagantes sobre os mais variados temas, sob égide da Constituição de 1988 e com reflexos processuais penais, foram aprovadas, o que invariavelmente causa conflito com o Código de 1941, que carrega os dogmas e ideias da época.

Daí o advento Projeto de Lei do Senado 156/2009, subscrito pelo então senador José Sarney, que depois da tramitação no Senado, originou o Projeto de Lei 8.045/2010, da Câmara dos Deputados e ponto de partida para as presentes considerações.

O cerne dessa abordagem serão os artigos 615 ao 638 do substitutivo apresentado (CPP-Projetado), precisamente o Título IV, *Das demais medidas cautelares*, em comparação com mesmo tema da legislação atual, incluído no Código de Processo Penal pátrio pela lei 12.403/2011.

## 2 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

### 2.1 CONCEITO E NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Segundo lição do professor Renato Marcão (2016, p. 692):

As medidas cautelares diversas da prisão são restrições ou obrigações que podem ser fixadas de forma isolada ou cumulativa em detrimento daquele a quem se imputa a prática de determinada infração penal, durante a fase de investigação policial, no curso do processo penal e mesmo por ocasião de sentença condenatória ou decisão de pronúncia, com vistas a permitir ao êxito da investigação ou instrução criminal, a aplicação da lei penal, bem como evitar a prática de novas infrações penais e o encarceramento cautelar tradicional.



Trata-se do cerne da reforma processual introduzida pela Lei 12.403/2011, buscando evitar os males da segregação provisória, por meio do encarceramento de acusados, que, ao final da instrução, podem ser absolvidos ou condenados a penas ínfimas. (NUCCI, 2016).

Acerca das medidas cautelares de caráter pessoal no Brasil, Eugenio Pacelli (2017, p 508) ressalta:

As atuais medidas cautelares pessoais no Brasil, como parece evidente, se espelham na legislação portuguesa, conforme se vê do art. 197 e seguintes do Código de Processo Penal de Portugal, lá tratadas como *medidas de coação*, e que, a seu turno, se inspiraram no Código de Processo Penal italiano e suas *misure coercitive do Godice di Procedura Penale* (art. 280 e seguintes).

Portanto, muito embora haja esse hiato grande entre o Código de Processo Penal de 1941 e CPP-Projetado, no que tange ao assunto abordado neste artigo, não há grande necessidade de alteração legislativa, uma vez que o tema fora modernizado recentemente, pondo fim à bipolaridade das medidas cautelares pessoais.

Sobre a lei 12.403/11, aduz Renato Brasileiro (2017, p 924):

Assim é que, na busca de alternativas para o cárcere cautelar, ou seja, a previsão legal de outras medidas coercitivas que o substituam com menor dano para a pessoa humana, porém com similar garantia da eficácia do processo, o art. 319 do CPP passou a elencar 09 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, tendo o art. 320 do CPP passado a autorizar expressamente a possibilidade de retenção do passaporte.

Tais medidas foram mantidas no CPP-Projetado, que trouxe detalhes para sua aplicação, além de acrescentar mais quatro: i. o bloqueio de endereço eletrônico na internet; ii. a suspensão das atividades de pessoa jurídica; iii. a suspensão do poder familiar; iv. suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave. Vale dizer, por outro lado, que foram retiradas desse capítulo a internação provisória e a fiança.

Por fim, importa destacar que nenhuma dessas adicionadas ao corpo do CPP-Projetado é uma inovação completa no ordenamento jurídico pátrio. O bloqueio de endereço eletrônico já era previsto nos art. 19 e seguintes da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet); a suspensão das atividades de pessoa

jurídica nas leis ambientais e anticorrupção; a suspensão do poder familiar no Estatuto da Criança e Adolescente e, finalmente, a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave no Código de Trânsito Brasileiro, além daquelas previstas exclusivamente na lei 11.343/06, a lei Maria da Penha, o que possibilitava sua aplicação apenas para mulheres vítimas de violência doméstica.

A novidade das medidas previstas nesse capítulo e que é de grande valia aos operadores da persecução criminal fica por conta de sua previsão como medida cautelar de caráter genérico, não mais como penalidade, ou restrita a determinados grupos, como crianças, adolescentes e mulheres sob a égide da Lei Maria da Penha.

Nos pontos seguintes, serão discutidas as modificações propostas para essas medidas cautelares de forma específica, tentando realizar uma síntese do quanto proposto no CPP-Projetado- Projeto de Lei 8.045/2010, da Câmara dos Deputados.

### 3 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

#### 3.1 ESTRUTURAÇÃO

Conforme se verá na tabela a seguir, a estruturação do capítulo “Das demais medidas cautelares” não apenas as listou como no CPP-atual, mas procurou regulamentar de forma detalhada a aplicação das medidas cautelares, as dividindo em seções, que serão esmiuçadas nos tópicos seguintes.

CPP-Projetado	CPP – Atual (incluído pela lei 12.403/11)
<p>CAPÍTULO II DAS DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS</p> <p>Seção I - Das disposições preliminares.</p> <p>Seção II - Do recolhimento domiciliar.</p> <p>Seção III - Do monitoramento eletrônico.</p> <p>Seção IV - Da suspensão do exercício de função pública, profissão ou atividade econômica.</p> <p>Seção V- Da suspensão das atividades de pessoa jurídica.</p> <p>Seção VI - Da proibição de frequentar determinados lugares.</p> <p>Seção VII - Da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave.</p> <p>Seção VIII - Do afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima.</p> <p>Seção IX - Da proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada.</p> <p>Seção X - Da suspensão do poder familiar.</p> <p>Seção XI - Da proibição de ausentar-se da circunscrição judiciária ou do País.</p> <p>Seção XII - Do bloqueio de endereço eletrônico na internet.</p> <p>Seção XIII - Do comparecimento periódico em juízo.</p>	<p>Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:</p> <p>I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;</p> <p>II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;</p> <p>III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;</p> <p>IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;</p> <p>V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;</p> <p>VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;</p> <p>VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;</p> <p>VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.</p>

Fazendo uma análise detalhada apenas dos títulos da seção em comparação aos incisos do art. 319 do atual CPP de 1941, alterado pela lei 12.403/11, observa-se que foram incluídas algumas medidas, sem qualquer supressão das já existentes.

Nos próximos tópicos serão discutidas algumas questões atinentes às medidas cautelares diversas da prisão incluídas, bem como serão tecidas considerações acerca daquelas que apenas tiveram alguma regulamentação prevista no projeto de lei.

### 3.2 DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Nesta Seção não houve nenhuma inovação no ordenamento jurídico. O “caput” do art. 615 tem o mesmo sentido do § 4º do art. 319 da codificação atual, ou seja, as medidas previstas neste capítulo podem ser aplicadas com ou sem fiança.

O parágrafo único contém a seguinte redação: “As medidas cautelares diversas da prisão, ainda que mais benéficas, implicam restrições de direitos individuais, sendo necessária à sua previsão legal e fundamentação à imposição, nos termos do Título I deste Livro.”

Trata-se do que a doutrina e a jurisprudência já denominavam de “taxatividade das medidas cautelares”. Ante à divergência, principalmente doutrinária, acerca da aplicação do denominado “poder geral de cautela”, ou seja, a possibilidade o juiz, invocando esse princípio, aplicar outras medidas cautelares que não estejam previstas em lei, a previsão legal vem para encerrar as discussões acerca do tema.

Acerca da taxatividade das medidas cautelares, aponta Eugenio Pacelli (2017, p 520):

Já a admissão de cautelares *não previstas em lei* pode abrir um perigoso leque de alternativas ao magistrado, dificultando, sobremaneira, o controle de sua pertinência e oportunidade, ficando em mãos do magistrado de primeiro grau a escolha de providências cujo controle de pertinência e de adequação (além da proporcionalidade) seria muito mais difícil, na medida em que sustentamos o não cabimento de *habeas corpus* contra o deferimento de medida cautelar.

O artigo 616 prevê que a necessidade que justifica a sujeição às medidas cautelares pessoais previstas neste Capítulo, decorre do atendimento dos pressupostos e requisitos para a decretação da prisão preventiva, adaptados ao caso concreto, de acordo com a proporcionalidade.

Esse artigo corresponde ao que atualmente é o 282, incisos I e II do Código de Processo Penal em vigor, sendo uma positivação do que de fato já entendia a doutrina e mera reprodução de um entendimento já consolidado entre os juristas brasileiros.

Sobre o citado dispositivo legal<sup>267</sup>, segundo lição de Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 819), “os três fatores guardam relação com os requisitos da prisão preventiva, embora de maneira indireta. Quando se fala em garantia da ordem pública ou garantia da ordem econômica (art. 312, CPP), invoca-se a gravidade do delito, as circunstâncias do fato ou as condições do autor para evidenciar isso”.

### 3.2 SEÇÃO II – DO RECOLHIMENTO DOMICILIAR

Trata-se de medida cautelar que visa acautelar o meio social da presença do indivíduo a ela submetido. Para Eugênio Pacelli (2017, p. 241), “o recolhimento domiciliar surge como a melhor alternativa ao cárcere, como medida de acautelamento prévio e anterior à decretação da preventiva, podendo até ser imposta independentemente de anterior prisão em flagrante, mas, segundo nos parece, mais adequada se revelaria como substitutiva da prisão em flagrante”.

O recolhimento domiciliar envolve apenas o período noturno e os dias de folga, voltando-se ao acusado que tenha residência e trabalho fixos (NUCCI, 2016, p. 928). Esse era o entendimento quando do advento da lei 12.403/11.

Todavia, o CPP-projetado optou por ampliar, via de regra, a possibilidade de aplicação do dispositivo. Segundo artigo 617 do CPP-Projetado, “o recolhimento domiciliar consiste na obrigação de o investigado ou acusado permanecer em sua residência em período integral, dela podendo ausentar-se somente com autorização judicial.”

A restrição ficará condicionada ao exercício de atividade econômica em local fixo ou frequência em curso de ensino fundamental, médio ou superior (CPP-projetado art. 618).

Percebe-se que houve a intenção clara do legislador em ampliar o rol de possibilidades para aplicação dessa medida cautelar em detrimento da prisão, com o intuito do julgador sempre verificar se o recolhimento domiciliar não é suficiente como medida para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal ou para conveniência da instrução criminal.

Como medida punitiva, sem a devida fiscalização, torna-se fator de descrédito para o Judiciário e para o sistema penal como um todo (NUCCI, 2016, p. 930).

---

<sup>267</sup> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:  
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;  
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Junto a ela, e segundo nos parece, com o objetivo de permitir uma melhor fiscalização de seu cumprimento, deveria ser também imposto o monitoramento eletrônico, sem o qual restaria muito difícil a constatação efetiva da eficácia da medida (PACELLI, 2017 p. 241).

### 3.3 SEÇÃO III – DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

O monitoramento eletrônico trouxe a regulamentação mais sensível dentre as medidas cautelares do CPP-Projetado. Inovações que prestigiam os direitos e garantias do monitorado em detrimento de sua eficácia como meio de acautelar a sociedade quanto aos males possivelmente praticados pelo investigado/condenado.

Desse modo, prevê o art. 620 “nos crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a quatro anos, o juiz poderá submeter o investigado ou acusado a sistema de monitoramento eletrônico que permita a sua imediata localização.”

A primeira crítica que podemos tecer é o fato do legislador ter limitado aplicação da medida àqueles crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos. Não há razão dessa limitação, uma vez que o monitoramento eletrônico pode ser usado em delitos cuja pena não se enquadra neste critério, mas necessitam de que o investigado/condenado seja acompanhado em tempo real, como por exemplo das lesões corporais no âmbito doméstico, cuja pena máxima é de três anos.

Acerca do instituto em questão, leciona Eugênio Pacelli (2017, p.243):

Nos Estados Unidos, cujo modelo surgiu em 1971 (JUNEERTAS, Josine. Alternatives to prison sentences: experiences and developments. p. 31 e 32), para substituir prisões juvenis (menor e adolescente), e é utilizado em larga escala, o monitoramento pode ser feito de duas maneiras. Na primeira, denominado monitoramento ativo, é colocado junto ao monitorado um aparelho transmissor ligado a um computador central. Isso pode ser feito da maneira que menos danos cause à pessoa, no que toca à visibilidade da medida, permitindo maior mobilidade do usuário. Na segunda, monitoramento passivo, um computador é programado para efetuar chamadas telefônicas para determinado local, procedendo à conferência eletrônica do reconhecimento de voz e emitindo um relatório das ocorrências. A constatação

da presença do monitorado no local pode também ser feita por meio de uma pulseira ou de uma tornozeleira eletrônica. Nesses casos, a medida impõe também o recolhimento domiciliar em determinados horários.

Em continuidade à análise dos novos artigos, prevê o art. art. 621 que monitoramento eletrônico depende de prévia anuência do investigado ou acusado, a ser manifestada em termo específico, como alternativa a outra medida. Nesse ponto específico, o legislador generalizou uma prévia autorização do acusado para qualquer caso de monitoramento. Ocorre que nas hipóteses que o monitoramento eletrônico vier como forma de fiscalizar outra medida, como a prisão domiciliar, não razão lógica para autorização do acautelado.

Nesse sentido afirma Eugênio Pacelli (2017, p.243):

Com efeito, a colocação de aparelhos eletrônicos junto ao corpo da pessoa constitui, por si só, inevitável constrangimento, na medida em que sinaliza, à evidência, tratar-se de alguém *sob permanente monitoramento*. Por isso, a adesão e concordância do monitorado é fundamental. Naturalmente, na execução do monitoramento eletrônico passivo, em que o monitorado permanecerá na residência, não se exigiria a adesão deste.

Veja que embora a o professor Eugenio Pacelli pondere que o monitoramento gera um “inevitável constrangimento” ao monitorado, nos casos em que ele permanece na residência, não há o porquê dele ter que autorizar a medida, uma vez que apenas é necessário a localização no local onde fora determinada a prisão domiciliar.

O art. 622 do CPP-projetado corresponde ao art. 5 do Decreto nº 7.627/2011, que regulamenta o monitoramento eletrônico atualmente, porém escrito em outras palavras. Vejamos:

CPP- Projetado	Decreto nº 7.627/2011
Art. 622. Qualquer que seja a tecnologia utilizada, o dispositivo eletrônico não terá aspecto aviltante ou ostensivo nem colocará em risco a saúde do investigado ou acusado, sob pena de responsabilidade do Estado.	Art. 5º O equipamento de monitoração eletrônica deverá ser utilizado de modo a respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada.

Assim, a única inovação no ordenamento jurídico quanto à essa temática é a previsão expressa de responsabilização do estado caso o equipamento não obedeça aos critérios constantes da lei. O mesmo ocorre com o art. 623 do CPP-projetado, que possui semelhança com o art. 146-C c/c art. 146-D, inciso II, da Lei n. 7.210/84, a lei de Execuções Penais.

CPP- Projetado	Lei 7.210/84
<p>Art. 623. Considera-se descumprida a medida cautelar se o investigado ou acusado:</p> <p>I - danificar ou romper dolosamente o dispositivo eletrônico, ou de qualquer maneira adulterá-lo ou ludibriar o controle;</p> <p>II - desrespeitar injustificadamente os limites territoriais fixados na decisão judicial;</p> <p>III - deixar injustificadamente de manter contato regular com a central de monitoramento ou não atender à solicitação de presença.</p>	<p>Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres:</p> <p>I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;</p> <p>II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça.</p> <p>Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada:</p> <p>II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.</p>

A inovação no ordenamento legal fica por conta da previsão expressa do dolo do monitorado para caracterizar o descumprimento da medida, através das expressões “dolosamente”, “injustificadamente” e “injustificadamente” nos incisos I, II e III do art. 623, respectivamente.

Apesar de pequenas, as inovações nesses dispositivos são salutares, justamente para o monitorado não sofrer as consequências do descumprimento da medida cautelar, que via de regra, é a decretação da prisão provisória sem que isso tenha sido feito de forma dolosa.

Em síntese, Edmundo Oliveira (2007, *apud* Renato Marcão, 2016, p. 693) conclui o monitoramento eletrônico:

evita os efeitos nefastos da dessocialização do encarceramento – principalmente para os delinquentes primários – e facilita a manutenção dos elos familiares e o exercício de uma atividade profissional. Esse sistema permite, também, diminuir a taxa de ocupação nos estabelecimentos penitenciários, acolhendo réus e condenados, a pequenas ou médias penas, a um custo bem menor.



### **3.4 SEÇÃO IV – DA SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA, PROFISSÃO OU ATIVIDADE ECONÔMICA**

Com relação à suspensão do exercício da função pública, profissão ou atividade econômica a única ponderação ser feita é sobre a previsão do § 3º do art. 624 do CPP-Projetado. Esse disposto veda que órgãos públicos e entidades de classe anotem na ficha funcional a imposição da medida e isso se justifica por ser aplicada ainda na fase de investigação, quando deve prevalecer o princípio da não culpabilidade.

Há, todavia, a ressalva de que se for concluído processo disciplinar autônomo ou sobrevier sentença condenatória transitada em julgado. Também essas exceções são de grande valia porque ressaltam a independências relativa das instancias administrativa e penal.

### **3.5 SEÇÃO V – DA SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES DE PESSOA JURÍDICA**

No que tange ao art. 625 do CPP-Projetado, o legislador dispõe que “faculta-se ao juiz suspender, total ou parcialmente, as atividades de pessoa jurídica sistematicamente utilizada por seus sócios ou administradores para a prática de crimes contra o meio ambiente, a ordem econômica ou as relações de consumo, ou que atinjam um número expressivo de vítimas.

Trata-se de uma das grandes inovações neste capítulo, não do instituto em si, que já era previsto como penalidade à pessoa jurídica nas Lei 9.605/98 de Crimes Ambientais (art. 22, inciso I) e na Lei 12.846/12 (art. 19, inciso II), a Lei Anticorrupção, mas sim da possibilidade de aplicação como medida cautelar de natureza processual.

Nesse ponto há doutrinadores que defendem a possibilidade de aplicação do art. 319, inciso VI do CPP-1941 também para a pessoa jurídica. Todavia, ante a falta de previsão expressa e clara acerca do tema e, considerando que medidas cautelares restringem direitos individuais, a interpretação restritiva se impõe para alcançar, atualmente, apenas pessoas físicas acusadas/investigadas por crimes.

Não é outro o entendimento de Eugenio Pacelli (2017, p. 241), que aduz: “quanto ao conteúdo das atividades, a interpretação há que ser restritiva, evitando-se a expansão dos horizontes da aludida medida cautelar, extremamente gravosa aos direitos fundamentais.”

Assim, para colocar um ponto final das discussões acerca da temática, o CPP-Projetado oportunamente prevê a medida cautelar, restringindo sua possibilidade de aplicação a determinados crimes. Utiliza, ainda, o legislador do que doutrina denomina de interpretação analógica: primeiramente,

atendendo ao princípio da legalidade, a lei detalha as situações que quer regular e, posteriormente, permite que aquilo que a elas seja semelhante possa também ser abrangido.

Dessa forma, poderá ser suspensa a atividade da pessoa jurídica que praticar crimes contra o meio ambiente, a ordem econômica ou as relações de consumo, ou que atinjam um número expressivo de vítimas.

Especificadamente quanto à penalidade da Lei de Crimes Ambientais, Gomes e Maciel (2011, p. 86) estabelecem que essa penalidade apenas poderá ser imposta quando a empresa estiver reiteradamente descumprindo a legislação ambiental, não sendo possível aplicá-la quando a pessoa jurídica cumpre a legislação, mas, ocasionalmente, é condenada por um crime ambiental.

O mesmo entendimento pode ser extraído do dispositivo em análise, observando detidamente o artigo, quando o legislador afirma que apenas poderá ser aplicada essa medida cautelar à pessoa jurídica que “sistematicamente” é utilizada para praticar crimes, deve-se interpretar àquelas empresas que ocasionalmente são alvo de investigação/ação penal não poderá o juiz utilizar-se dessa medida cautelar.

Por fim, os parágrafos primeiro e segundo do artigo são cautelares para o juiz e a pessoa jurídica investigada/acusada ante a possibilidade de aplicação indiscriminada do instituto e seus efeitos nefastos na economia.

Isso porque, conforme aponta Pethechust, Gonçalves e Forigo (2019) “a suspensão das atividades possui o risco de ocasionar a morte econômica de pessoas e empresas porque, durante o período não podem ser cumpridos contratos, ou novas contratações, bem como outras atividades inerentes ao dia-a-dia da empresa que acabam maculando sua imagem perante o mercado.”

Assim, embora o advento do instituto como medida cautelar diversa da prisão, aplicada, portanto, antes da sentença condenatória, seja de grande valia à persecução penal, sua imposição deverá ser feita sempre sopesando os direitos individuais restringidos com a vantagens trazidas à investigação criminal e o acautelamento do meio social trazido com a suspensão de seu funcionamento.

### **3.6 SEÇÃO VI – DA PROIBIÇÃO DE FREQUENTAR DETERMINADOS LUGARES**

Quanto à proibição de frequentar determinados lugares, nada de novo foi trazido pelo CPP-Projetado. Nota-se apenas que o próprio dispositivo legal trouxe os termos em que a medida deve ser aplicada.

Assim, prevê o art. 626 que a proibição de frequentar determinados lugares abrange a entrada e permanência em locais, eventos ou gêneros de estabelecimentos expressamente indicados na decisão judicial, tendo em vista circunstâncias relacionadas ao fato apurado.

Portanto, o artigo explica claramente a abrangência e os tipos de locais que deverão ser proibidos, delegando ao julgador uma certa discricionariedade na imposição dessa medida cautelar para determinar especificadamente onde o acusado/investigado está proibido de frequentar.

### 3.7 SEÇÃO VII - DA SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR, EMBARCAÇÃO OU AERONAVE

A suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave muito embora não tenha sido incluída pela lei 12.403/11 no texto do CPP-1941, já se encontrava prevista no CTB – Código de Trânsito Brasileiro, com redação semelhante àquela do CPP-projetado, conforme quadro comparativo abaixo:

CPP-Projetado	CTB – Código de Trânsito Brasileiro
<p>Art. 627. Quando o crime for praticado na direção de veículo automotor, embarcação ou aeronave, o juiz poderá suspender cautelarmente a habilitação do investigado ou acusado.</p> <p>§1º A suspensão de que trata o caput deste artigo também alcança a permissão provisória e o direito de obter habilitação.</p> <p>§2º Além da obrigação de entrega do documento, a decisão será comunicada ao órgão ou entidade executivo de trânsito responsável pela emissão do respectivo documento, que procederá na forma da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.</p>	<p>Art. 294. Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.</p>

A primeira e mais perceptível distinção dos dispositivos acima é que o novel códex que se encontra em tramitação no Congresso abarcou também as embarcações e aeronaves, que assim como os veículos automotores, necessitam de habilitação para dirigir. Importante inovação, uma vez que o próprio CTB define veículo automotor, em síntese, como aquele utilizado para transporte viário de pessoas e coisas.

Além disso, houve um aumento significativo no número de embarcações e aeronaves de natureza particular nos últimos anos, fazendo com que, conseqüentemente, aumentassem o número de crimes praticados na direção tanto de embarcações, como aeronaves. Desse modo, relevante, portanto, sua inclusão na medida cautelar em questão.

Outra distinção, dessa vez mais sutil é que o disposto legal do CTB é mais genérico, permitindo a aplicação da medida em qualquer caso, enquanto o CPP-Projetado se restringe às hipóteses em que “o crime for praticado na direção de veículo automotor, embarcação ou aeronave”. Essa antinomia deverá ser resolvida no âmbito dos tribunais, caso o art. 294 do CTB não seja revogado expressamente pelo art. 627 do CPP-Projetado.

Outra possibilidade é, em sendo aprovado o texto da forma que se encontra no projeto de lei, utilizar o critério da especialidade das leis para que nos casos em que envolver veículo automotor utiliza-se a norma do CTB, por ser de caráter especial ante ao Código de Processo Penal e quando o crime for praticado na direção de embarcação e aeronave, o art. 627 do CPP-Projetado, de caráter geral.

### **3.8 SEÇÃO VIII - DO AFASTAMENTO DO LAR OU OUTRO LOCAL DE CONVIVÊNCIA COM A VÍTIMA**

O afastamento do lar ou do local de convivência é mais uma medida que já tem previsão no ordenamento jurídico, mas restrito à Lei 11.340/06, a Lei Maria da Penha. Há também a hipótese de afastamento dos agressores pais ou responsáveis no caso de crianças e adolescentes vítimas de maus-tratos, previsto no art. 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ocorre que, face a complexidade das relações sociais modernas, não mais faz sentido restringir essa medida a grupos específicos, uma vez que possui caráter extremamente efetivo para coibir agressões futuras e evitar a revitimização.

Assim, prevê o art. 628 do CPP-Projetado que nas infrações penais praticadas com violência ou grave ameaça à pessoa, o juiz poderá determinar o afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima.

Portanto, conclui Giacomolli e Maya (2016), nesse ponto, o CPP-Projetado amplia as hipóteses de incidência da cautelar, agora restritas aos crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, independentemente da relação de parentesco ou de coabitação.

### **3.9 SEÇÃO IX - DA PROIBIÇÃO DE SE APROXIMAR OU MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA**

Mais uma cautelar já prevista no atual ordenamento jurídico brasileiro é a proibição de aproximação e de contato com pessoa determinada, conforme artigo 319, III, do CPP-1941, quando por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

Como visto, o CPP-Projetado mantém a mesma estrutura da medida cautelar, devendo ela ter relação específica com fato, com o único acréscimo que a decisão que a defere conterà os parâmetros de distanciamento e os meios de contato proibidos. Assim, não será mais possível a imposição dessa cautelar de forma genérica.

### **3.10 SEÇÃO X - DA SUSPENÇÃO DO PODER FAMILIAR**

A suspensão do poder familiar constitui sanção aplicada aos pais pelo juiz, em regra, de caráter liminar, não tanto com intuito punitivo, mas para proteger a criança ou adolescente.

Em razão disso e do crescimento dos delitos praticados contra crianças e adolescentes nos últimos anos, o CPP-Projetado, dispõe no art. 630 que se o crime for praticado contra a integridade física, bens ou interesses do filho menor de dezoito anos, o juiz poderá suspender, total ou parcialmente, o exercício do poder familiar, na hipótese em que o limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja superior a dois anos.

Trata-se de outra medida inédita no âmbito criminal, cuja aplicação ficou condicionada, diga-se de forma acertada, à apreciação anterior do juízo cível, o que de fato evitara decisões conflitantes em relação ao poder familiar.

### **3.11 SEÇÃO XI - DA PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA OU DO PAÍS**

Mais uma medida que já era prevista no art. 319 do atual Código de Processo Penal, que no CPP-Projetado ganhou uma regulamentação mais detalhada, com a ampliação da proibição para além dos limites da comarca e conferindo a possibilidade do juiz determinar a retenção do passaporte e de outros documentos, inviabilizando a saída do país do investigado/acusado.

Na verdade, nem mesmo com o advento da 12.403/11 essa medida era uma novidade, uma vez que é utilizada como condição do sursis (artigo 78, § 2º, b, CP); livramento condicional (artigo 132, § § 1º e 2º, LEP) e do regime aberto (artigo 115, III, LEP).

A retenção do passaporte como forma de coibir a saída do país de investigados/acusados e assegurar a efetividade da medida cautelar prevista no art. 319, inciso IV já era prevista no art. 320 e amplamente aceita pela jurisprudência.

Para o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal “A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, elencou algumas medidas cautelares pessoais suscetíveis de imposição pelo juiz processante; entre as quais,

a proibição de ausentar-se do País, com a retenção do passaporte. (HC 156945 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018).

Portando, quanto a presente cautelar não mais digressões a serem feitas, já que até mesmo a regulamentação trazida pelo CPP-Projetado já era prevista no nosso ordenamento jurídico, não havendo qualquer discussão acerca do tema.

### **3.12 SEÇÃO XII - DO BLOQUEIO DE ENDEREÇO ELETRÔNICO NA INTERNET**

Trata-se de uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, e consiste na possibilidade retirar um conteúdo da internet que fora utilizado para prática de crimes. A medida judicial que mais se assemelhava com essa é a prevista no art. 19 da Lei 12.695/14<sup>268</sup>, que permitia o juiz determinar a indisponibilidade de conteúdo que causasse danos a terceiros.

Desse modo, o CPP-projetado prevê no art. 632 que em caso de crimes praticados por meio da internet, o juiz poderá determinar ao provedor de aplicação que torne e mantenha indisponível, nos limites técnicos do seu serviço, conteúdo de localização específica e inequivocamente utilizado para a execução de infrações penais.

Conforme verificado, não há restrição quanto aos tipos de crimes, até porque a variedade de delitos que podem ser praticados através da internet é imensa, desde delitos mais simples como injúria, calúnia, difamação e ameaça até crimes mais graves como o compartilhamento de pornografia infantil.

Fez bem o projeto em utilizar o que parte da doutrina classifica como crimes cibernéticos impróprios, ou seja, condutas perpetradas contra outros bens jurídicos, por meio de um sistema informático, o que não exclui, de todo modo, crimes cibernéticos próprios, que são condutas perpetradas contra um sistema informático, sejam quais forem as motivações do agente, desde que o meio utilizado seja a rede mundial de computadores. (BORTOT, 2017, apud GRECO FILHO, 2000)

A medida é de extrema importância, notadamente em virtude da sociedade digital e vem para suprir a lacuna deixada pela Lei 12.737/2012, que tipificou os delitos informáticos, porém não trouxe nenhuma medida para acautelar a prática deles.

---

<sup>268</sup> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

### **3.13 SEÇÃO XIII - DO COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO**

Antes mesmo da lei 12.403/06 já poderia ser encontrada nos casos de condições para execução do regime aberto (artigo 115, II, LEP), livramento condicional (artigo 132, § 1º, LEP) e o sursis (artigo 78, § 2º, c, CP). Após o advento da referida norma, que pôs fim a bipolaridade das medidas cautelares, ficou com a seguinte redação “comparecimento periódico ao juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar as atividades”.

No mesmo sentido, o CPP-projetado apenas modificou as palavras, mantendo o sentido da norma, ao prever que “o investigado ou acusado poderá ser obrigado a comparecer pessoalmente em juízo para informar e justificar suas atividades, na periodicidade fixada pelo juiz”.

No que tange à regulamentação trazida pelo projeto de lei, também não há inovação, a expedição de carta precatório e a manutenção de livro em juízo já é praxe forense dessa medida cautelar.

Especificadamente, com relação à manutenção de livro em juízo, pode-se dizer que é até um retrocesso à implementação do processo eletrônico, que a cada dia torna obsoleta a manutenção de livros em cartório para controle de frequência, seja da medida cautelar, seja do sursis ou qualquer outro tipo de controle que atualmente são feitos eletronicamente, inclusive com a possibilidade de utilização da digital do acusado.

### **3.14 SEÇÃO XIV - DA SUSPENSÃO DO REGISTRO DE ARMA DE FOGO E DA AUTORIZAÇÃO PARA PORTE**

A medida cautelar em tela, assim como outras aqui já comentadas, não é propriamente uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário, já possuía previsão legal na lei Maria da Penha. Todavia, mais uma vez alargando o âmbito da medida em relação à lei 11.340/06, a suspensão do registro e do porte de arma transcende os fatos praticados no âmbito das relações domésticas para alcançar qualquer crime em que seja utilizada a arma de fogo.

Muito embora ainda não tenha previsão legal para situações que não envolvam a mulher como vítima, para o promotor de justiça José Nilton Costa de Souza (2011), é lógico que pode o juiz decidir pela suspensão da autorização, usando de inteligência do Poder Geral de Cautela, acolhendo interpretação extensiva do artigo 3º do Código de Processo Penal, combinado com o artigo 798 do Código de Processo Civil e artigo 22, IV, da Lei 11.340/06.

A suspensão, conforme parágrafo único do art. 634 do CPP-projetado deverá ser comunicada à Polícia Federal e ao Comando do Exército, para registro no Sistema Nacional de Armas e no Sistema de Gerenciamento Militar de Armas, enquanto durarem seus efeitos.

Assim, mais uma vez a previsão expressa dessa medida cautelar, podendo ser aplicado para todo e qualquer caso em que armas de fogo forem utilizadas para a prática de crimes é um grande avanço do projeto de lei, acabando por encerrar qualquer discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

#### 4 PRAZO DAS MEDIDAS CAUTELARES

O caráter provisório das medidas cautelares de caráter pessoal já é previsto no ordenamento jurídico pátrio através do art. 316<sup>269</sup> do CPP-1941, alterado pela lei 13.964/2019, com aplicação também para as medidas cautelares diversas na prisão.

Ocorre que CPP-projetado, a provisoriedade ganhou outra dimensão com a disposição expressas do prazo de cada uma delas no art. 365, conforme quadro abaixo:

Medida cautelar	Prazos
Recolhimento domiciliar	360 dias
Monitoramento eletrônico	360 dias
Suspensão do exercício de função pública, profissão ou atividade econômica	180 dias
Suspensão das atividades de pessoa jurídica	180 dias
Proibição de frequentar determinados lugares	720 dias
Suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave	720 dias
Afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima	720 dias
Proibição de ausentar-se da comarca ou do País	720 dias
Comparecimento periódico em juízo	720 dias
Proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada	720 dias
Suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte	720 dias
Suspensão do poder familiar	360 dias
Bloqueio de endereço eletrônico na internet	720 dias

Além disso, para que o juiz não ficasse engessado com os prazos acima, face principalmente à complexidade das investigações e processos criminais

<sup>269</sup> Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.



atualmente, há uma cláusula que permite a prorrogação. Prevê o parágrafo único do art. 635 que findo o prazo de duração da medida, o juiz poderá prorrogá-la ou adotar outras cautelares, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Vê-se claramente a preocupação do legislador em instituir o reexame obrigatório pelo magistrado das medidas cautelares por ele decretadas, o que de fato, ante aos longos prazos previstos no quadro acima, não traz qualquer prejuízo ao andamento dos trabalhos do juiz e, ao mesmo tempo, evita medidas cautelares decretadas *ad eternum*.

## 5 MEDIDAS CAUTELARES E DETRAÇÃO

A detração está prevista no art. 42 do Código Penal, e é o desconto, na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, do tempo de prisão provisória ou de internação já cumprido pelo condenado. (MASSON, 2014, p. 313).

Atualmente a prisão provisória em quaisquer de suas modalidades, preventiva, temporária ou domiciliar e a internação provisória – art. 319, inciso VII do CPP- 1941, atualizado pela lei 12.403/11 – são passíveis de ensejar a detração no momento da sentença condenatória.

Quanto às medidas cautelares previstas no art. 319 do atual Código de Processo Penal, a jurisprudência tem entendimento majoritário no sentido de que é impossível descontar da pena, ante a falta de previsão legal<sup>270</sup>.

Na doutrina, há divergência: para Guilherme de Souza Nucci (2016, p.932), no que tange medidas cautelares diversas da prisão: “algumas possuem maiores limitações que outras e, sob tal enfoque, entendemos deva ser apreciada a viabilidade de detração”. Já para Masson (2014), não há essa possibilidade.

A grande inovação do CPP-projetado nesse ponto é em primeiro lugar ajustar a detração do recolhimento domiciliar para somente ser possível no caso de condenação para cumprimento de pena em regime aberto – art. 636-, o que faz todo o sentido, já que é irrazoável que uma cautelar cumprida na residência ser utilizada como cumprimento de pena em regime fechado. Essa incongruência da legislação atual fere gravemente a dupla finalidade da pena: prevenção e reprovação.

---

<sup>270</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE RECEPÇÃO. DETRAÇÃO PENAL. DESCONTO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. WRIT DO QUAL NÃO SE CONHECEU. DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.[...] 3. Esta Corte de Justiça firmou o entendimento de que não é possível a detração do período em que o sentenciado submeteu-se a medidas cautelares diversas da prisão na pena privativa de liberdade, em razão da ausência de previsão legal. (AgRg no HC 494.693/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 27/02/2020)

Em segundo lugar, o projeto de novo código prevê a detração para as penas restritivas de direitos, inédita no ordenamento jurídico. Assim, quando a pena privativa de liberdade for substituída por restritiva de direitos, poderão ser objeto de desconto do tempo as seguintes medidas cautelares: recolhimento domiciliar, monitoramento eletrônico, suspensão do exercício de função pública, profissão ou atividade econômica, a proibição de frequentar determinados lugares e, por fim a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave.

De fato, merece elogio essa atualização, uma vez que essas medidas cautelares, via de regra, são mais gravosas ou são iguais àquelas previstas como penas restritivas de direitos no Código Penal<sup>271</sup>.

Por fim, concluímos que não serão objeto de detração: suspensão das atividades de pessoa jurídica; afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; proibição de ausentar-se da comarca ou do País; comparecimento periódico em juízo; proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; suspensão do poder familiar e bloqueio de endereço eletrônico na internet.

Portanto, o CPP-projetado tem o mérito de prever exatamente quais medidas são cabíveis de serem descontadas, seja das penas privativas de liberdade, seja das restritivas de direitos, utilizando como critério a restrição maior ou menor das liberdades individuais dos acusados/investigados.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observando o que fora posto no CPP-projetado, o presente artigo teve como objetivo traçar um panorama geral acerca dos artigos referente ao capítulo “Das Demais Medidas Cautelares”. Muito embora a lei 12.403/11, que alterou o CPP atual no capítulo referente às medidas cautelares diversas da prisão seja posterior ao projeto de lei detalhado no presente trabalho, que data de 2009, observa-se que já foram feitas várias atualizações.

Assim, o CPP-projetado, substitutivo apresentado ao Projeto de Lei do Senado 156/2009, subscrito pelo então senador José Sarney, tem três grandes méritos em relação ao tema: 1. Condensar as várias medidas cautelares já

<sup>271</sup> Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

previstas em leis esparsas em nosso ordenamento jurídico; 2. Atualizar e regulamentar aquelas já existentes no art. 319 do Código de Processo Penal em vigor; 3. Inovar com medidas cautelares inéditas no ordenamento jurídico pátrio e que se faziam necessárias face a complexidade de uma sociedade digital.

Embora possua os pontos positivos ressaltados acima, há dispositivos que merecem ser analisados com mais atenção e reflexão, necessitando de maior amadurecimento. Sob o argumento do princípio da proporcionalidade - medida cautelar necessária e suficiente a assegurar o trâmite processual ou a aplicação da lei - ou para “garantir as liberdades do indivíduo”, existem artigos que claramente dificultam a persecução penal.

Observa-se que o legislador optou por uma doutrina garantista hiperbólica monocular<sup>272</sup>, que fere de morte o princípio proibição da proteção deficiente, indispensável ao equilíbrio do Estado Democrático de Direito.

A sociedade brasileira vê dia após dia o aumento nos níveis de criminalidade, com enfoque na criminalidade organizada, violenta, com grandes facções de caráter nacional ou de colarinho branco, que, ao longo dos anos tornou-se um “mecanismo” de perpetuação no poder por grandes oligarquias nacionais.

Desse modo, garantir uma persecução penal eficaz, através de medidas cautelares pessoais que efetivamente cumpram a finalidade a qual se destinam vai ao encontro diretamente do combate a essa criminalidade, que vê na edição de leis brandas, supostamente “garantistas” e muitas vezes aprovadas em benefício próprio a oportunidade de continuar a empreitada criminosa contra a sociedade brasileira.

Por fim, atender as expectativas do povo e ao mesmo tempo defender o que dispõe a Carta Magna exige temperança e principalmente diálogo entre as instituições responsáveis por nortear vida do brasileiro, destinatário por excelência das leis aqui aprovadas e sancionadas.

---

<sup>272</sup> O chamado garantismo hiperbólico monocular: É hiperbólico porque é aplicado de uma forma ampliada, desproporcional e é monocular porque só enxerga os direitos fundamentais do réu (só um lado do processo). Contrapõe-se ao Garantismo penal integral, que visa resguardar os direitos fundamentais não só dos réus, mas também das vítimas.

## REFERÊNCIAS

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PETHECHUST, Eloi Rodrigues Barreto; GONÇALVES, Oksandro Osdival; FORIGO, Camila Rodrigues. A INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO SANÇÃO ALTERNATIVA ÀS PENAS DE SUSPENSÃO, INTERDIÇÃO PARCIAL OU DISSOLUÇÃO COMPULSÓRIA DA PESSOA JURÍDICA PREVISTAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 58, p. 2-19, dez. 2019. ISSN 1982-9957. Disponível em: Acesso em: \_\_\_\_\_ doi:<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i58.11786>.

BORTOT, Jessica Fagundes. **Crimes Cibernéticos: Aspectos Legislativos e Implicações na Persecução Penal com Base nas Legislações Brasileira e Internacional**. *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p.338-362, 1º sem. 2017.

VIANA, Camila Martins. **a ampliação do rol das medidas cautelares pessoais pelo anteprojeto do novo código de processo penal e a efetividade da persecução criminal**. 2011. 116f. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado. **As medidas cautelares alternativas à prisão: o projeto de reforma do código de processo penal brasileiro e a realidade latino-americana**. *Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito*, v. 8, nº14, jan.-abr. 2016.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado** – São Paulo: Saraiva, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal / Eugênio Pacelli**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima**- 5. ed. rev., ampl., e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso: 27 de março de 2020.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso: 30 de março de 2020.

BRASIL, LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm). Acesso: 30 de março de 2020.

BRASIL, LEI Nº 9.503, DE 23 DE SETEMBRO DE 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9503.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.html). Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **Marco Civil da Internet**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.html). Acesso: 30 mar. 2020.

BRASIL. LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.html). Acesso: 28 mar. 2020.

BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.html). Acesso: 28 de março de 2020.

SOUZA, Jose Nilton Costa de. **Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. Disponível em: [https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/poder\\_geral\\_cautela\\_jose\\_nilton.pdf](https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/poder_geral_cautela_jose_nilton.pdf). Acesso em: 27 mar. 2020.



## AS MEDIDAS CAUTELARES REAIS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO <sup>273</sup>: EXCESSOS, DEFICIÊNCIAS E AVANÇOS

Anthony Brandão<sup>274</sup>  
Fabrício Secafen Mingati<sup>275</sup>

**Resumo:** O escopo deste trabalho é avaliar a proposta de disciplina das medidas cautelares reais (ou de natureza civil) no Projeto do Novo Código de Processo Penal (PNCPP), em trâmite, hoje, no Congresso Nacional, em face do princípio constitucional da proporcionalidade e dos corolários da proibição de excesso (*Übermassverbote*) e da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbote*). Para tanto, busca-se brevemente resgatar o contexto histórico e os fundamentos do Direito Processual Penal moderno, para então contextualizar a atual formatação das medidas cautelares reais no processo penal brasileiro e, em seguida, adentrar na análise da proposta do PNCPP. Ao final, conclui-se que o PNCPP perdeu a oportunidade de estabelecer disciplina simples, objetiva e proporcional às cautelares reais, de modo que elas pudessem efetivamente cumprir o papel a que foram destinadas, qual seja, o de garantir, nessa ordem, o ressarcimento dos danos causados pela infração, o cumprimento da sanção pecuniária, o pagamento das custas processuais e o confisco, protegendo, assim, não apenas os direitos fundamentais do acusado, mas também os direitos das vítimas tutelados pelo Direito Penal.

**Palavras-chave:** Direito Penal – Direito Processual Penal – Medidas Cautelares Reais – Proporcionalidade – Direitos Humanos.

**Sumário:** 1. Dos fundamentos do direito de punir. 2. Da tutela cautelar no Direito Processual Penal Brasileiro. 3. Das medidas cautelares reais no Projeto do Novo Código de Processo Penal (PNCPP): excessos, deficiências e avanços. 4. Conclusão. 5. Referências.

---

<sup>273</sup> Substitutivo do Projeto de Lei nº 8.045/2010, apresentado na Câmara dos Deputados, pelo Dep. João Campos: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3DF868150867A536923EC2B6E08305D9.proposicoesWebExterno1?codteor=1668776&filenome=Tramitacao-PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3DF868150867A536923EC2B6E08305D9.proposicoesWebExterno1?codteor=1668776&filenome=Tramitacao-PL+8045/2010). Acesso em: 15 jan. 2020.

<sup>274</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso do Sul. Doutor em Ciências Florestais pela Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília – UnB. Especialista em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU. Professor de Direito Ambiental da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT.

<sup>275</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Membro colaborador do GACEP. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/PR.

## 1 DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR

Debrucemo-nos, mais uma vez, sobre os fundamentos do direito moderno de punir. Qual a razão de ser do Direito Penal e do Direito Processual Penal? Seria apenas proteger o indivíduo, notadamente o acusado, perante eventuais excessos do Estado? Ou haveria também o dever estatal de garantir ao indivíduo, no caso, a vítima, pessoa física ou jurídica, ou ainda a coletividade, uma proteção eficiente de seus direitos fundamentais?

Com o final das ditaduras do século passado, na América do Sul e na Europa, e a instituição do modelo constitucional e democrático de gestão do poder, a preocupação maior da sociedade civil passou a ser proteger o indivíduo dos abusos do Estado. Ocorre que essas novas constituições pós-ditadura não se limitaram a isso.

É certo que, conforme crescia a tendência, no Ocidente, do reconhecimento, sistematização e promoção do que se convencionou denominar “Direitos Humanos”, especialmente na Europa, com o final do holocausto, em 1945 (PETERKE, 2009, p. 22/24), crescia igualmente a busca por garantir aos indivíduos, agora “seres humanos”, proteção contra os abusos estatais.

Contudo, paralelamente, discutia-se a redefinição do papel do Estado na garantia e promoção da paz. Questionava-se, especificamente, a função estatal no controle das causas econômicas e sociais da guerra. Vale lembrar que o nazismo, na Alemanha, e outras formas de regimes autoritários, em outros países, cresceram sob a promessa da inclusão social e do bem-estar econômico.

Estômagos vazios e desejos frustrados costumam nublar corações e mentes e são quase sempre prenúncio de guerras e convulsões sociais. Não é difícil se deixar seduzir pelo desespero e pela frustração e, então, trocar a liberdade e a consciência por uma posição segura no formigueiro do autoritarismo. Daí porque o Estado passou a ser fortemente demandado a atuar e interferir, a partir de 1945, na economia e no atendimento de demandas sociais, no intuito de garantir o que hoje juridicamente denominamos de “o mínimo existencial” (SARLET & FENSTERSEIFER, 2013, p. 123/132), ou seja, aquele mínimo material indispensável ao desenvolvimento de todo o potencial humano e ético do indivíduo.

Todavia, mesmo os direitos individuais, assim como os sociais ou coletivos em sentido lato, sempre demandaram do Estado um “dever de proteção”. Consoante o magistério de Konrad Hesse (1998, p. 278/280):

Em época recente, a validade dos direitos fundamentais é estendida, em uma medida, em certos pontos, ainda aberta, também a este âmbito, ao neste aspecto ser aceito um



dever do Estado para a proteção dos direitos fundamentais e, conexo com isso, um certo “efeito diante de terceiros” de direitos fundamentais. Ponto de partida para isso é a compreensão dos direitos fundamentais como princípios objetivos [...] que obrigam o Estado a fazer o possível para realizar direitos fundamentais. Em conformidade com isso, pode resultar diretamente de direitos fundamentais um dever estatal de preservar um bem jurídico, protegido por eles, de violações e ameaças antijurídicas por outros, sobretudo privados, mas também por outros Estados, portanto, por “pessoas” ou “poderes”. [...] Nesse significado, eles regulam, sem dúvida, o “se” e, com isso, também o requisito de salvaguarda eficaz. Eles, entretanto, nada dizem sobre o “como”; sobre isto, quais providências devem ser tomadas para atender o dever de proteção, a Constituição não contém regulações, ou só fragmentárias. A decisão, como um dever de proteção deve ser cumprido é, por isso, assunto dos órgãos competentes, em primeiro lugar, o legislador<sup>276</sup>. Muitas vezes, o cumprimento do dever de proteção tornará necessárias intervenções em posições, protegidas jurídico-fundamentalmente, de terceiros, de modo que se formam situações de várias facetas, nas quais a proteção de um pode significar uma carga do outro. Neste ponto, torna-se, então, necessária uma compensação proporcional que, em geral, cabe ao legislador. (Grifo nosso)

Se o propósito da Justiça, de acordo com Gneu Domício Ânio Ulpiano, é “a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito”<sup>277</sup> (SANTOS, 2018, p. 205), e se, como propagaram os enciclopedistas iluministas franceses do século XVIII, “a liberdade de um termina, quando a do outro começa”, qual seria o papel do Estado na delimitação desses direitos fundamentais?

---

<sup>276</sup> De acordo com Konrad Hesse (1998, p. 279): “Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a decisão do legislador está sujeita somente a um controle judicial-constitucional limitado. Fundamentalmente, cabe ao legislador um âmbito de apreciação, de valoração e de configuração amplo (BVerfGE 79, 174 [202], com mais demonstrações). Ultrapassa essencialmente essa jurisprudência até agora, a sentença de 28.5.1993 (BVerfGE 88, 103 [251ffj]) segundo a qual o legislador, na proteção, jurídico-fundamentalmente indicada, da vida nascitura, tem de considerar a “proibição de submedida” – que pela primeira vez na jurisprudência – e, nesse ponto, está sujeito ao controle judicial-constitucional 9S. 254); isso conduz a exigências mínimas, que entram até em pormenores, à regulação legal [...]”.

<sup>277</sup> *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*

Conforme explicitado alhures, cabe ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais, implicando conformar direitos fundamentais aparentemente conflitantes, através da compensação proporcional que, em geral, cabe ao legislador e, no caso em análise, aos autores do PNCPP.

O desafio eterno do Direito é definir essa fronteira entre o meu e o seu, é determinar, então, o que exatamente cabe a cada um. Boaventura de Souza Santos utiliza uma imagem interessante que pode ser utilizada para ilustrar o argumento de Konrad Hesse. Segundo o autor, o Direito teria por propósito a busca constante de equilíbrio entre a liberdade e a segurança. Quando se exacerba a liberdade, se deprime a segurança e vice-versa (SANTOS, 2000, p. 43/49).

O acusado espera do Direito um tratamento digno, a oportunidade e a segurança para se defender, o perdão, uma segunda chance (ressocialização) e uma pena “justa” (retribuição). A vítima, a seu tempo, demanda do Direito seu ressarcimento, segurança para usufruir de seus bens e de sua liberdade, confiança na aplicação e respeito à norma e a expectativa de que o autor do delito responda por seus atos nocivos.

Para equilibrar a balança entre a liberdade e a segurança é preciso, portanto, razão e proporção. Esse desafio foi superado pelo Direito Brasileiro positivo, quando o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) afirmou que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Aqui, a razão entre a liberdade e a segurança de acusado e vítima é perfeita. Sem dúvida, a norma permite ao Estado que prive as pessoas de seus bens e de sua liberdade. Mas isso só será possível quando essas mesmas pessoas privarem “injustamente” outras de seus bens e liberdade.

A questão, a partir daqui, passa a ser definir o que é injusto. E para isso existe, e a cada vez se aprimora, o aparato jurídico de princípios, normas e institutos com os quais o Estado, o Direito e seus operadores lidam todos os dias para calibrar essa balança. De qualquer sorte, é o art. 5º, inciso LIV, da CF/88, o ponto de referência na busca do ordenamento jurídico brasileiro pelo equilíbrio entre a liberdade e a segurança. E a liberdade e a segurança estão positivadas no que se convencionou chamar “devido processo legal”. O indivíduo poderá perder sua liberdade e seus bens, em favor da segurança, mas não sem o devido processo legal.

O devido processo legal e a ideia de violação injusta de direitos desafiam os estudiosos e aplicadores do Direito na busca constante do equilíbrio dessa balança. O devido processo legal é expressão que encerra as opções políticas, técnicas, econômicas, sociais e culturais que serão, de alguma forma, transformadas em norma (no caso brasileiro, em norma positiva).

Daí o objetivo do Direito Penal e do Direito Processual Penal, qual seja, calibrar essa balança a fim de que não apenas os direitos fundamentais

do acusado, mas igualmente da vítima, possam ser eficazmente garantidos. A disciplina das medidas cautelares reais, assim como qualquer instituto penal ou processual penal, não pode ser construída, interpretada e aplicada fora dessas balizas.

As relações jurídico-penal e jurídico-processual penal não se encerram mais entre Estado e acusado. Dada a entrada de inúmeros instrumentos da denominada “justiça restaurativa” em nosso sistema penal, a exemplo da composição civil no processo dos juizados especiais e do instituto do acordo de não persecução penal, recentemente incorporado ao Código de Processo Penal (CPP) pelo denominado “Pacote Anticrime” (art. 28-A do CPP acrescido pela Lei nº 13.964/2019), mas já previsto em norma do Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução nº 181/2017), não há mais como desconsiderar a presença da vítima nessa relação jurídica.

Soma-se a isso o fato de que a vítima, a depender do crime, além de pessoa física ou jurídica, pode ser o Estado ou ainda a coletividade determinada, determinável ou indeterminável de pessoas titulares dos direitos coletivos lato senso (difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos), assim definidos no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), todas titulares de direitos fundamentais como a vida, a propriedade, a liberdade, a integridade física, o meio ambiente, a saúde, o consumo seguro, o patrimônio público (probidade administrativa), dentre tantos outros.

Essa relação entre as funções persecutória e judicante do Estado e entre o acusado e a vítima é fenômeno cujo estudo deve ser aprofundado e escapa aos limites desse trabalho. Contudo, por ora, importante reter a ideia de que a balança estabelecida pelo art. 5º, inciso LIV, da CF/88, entre a liberdade e a segurança, tanto de acusados, quanto de vítimas, deve ser constantemente calibrada pelos institutos do Direito Penal e do Direito Processual Penal, a exemplo das medidas cautelares reais ou de natureza civil.

De um lado, o acusado deve esperar que sua liberdade seja discutida com segurança, isto é, com a garantia de que não será tolhida sem o devido processo legal, logo, sem arbitrariedade. Do outro lado, a vítima espera segurança para usufruir de sua liberdade e de seus bens, e, caso seja tolhida injustamente desse exercício, possa, em prazo razoável, reaver tais direitos e voltar a confiar no papel estatal de garantidor da paz e legítimo titular do monopólio da força.

O sinalagma entre os direitos e obrigações de acusado e vítima deve ser perfeito. O fiel dessa balança passa a ser o Estado, com seu aparato de justiça, segurança pública e assistência social. Voltado para o acusado, desde o início da investigação até o cumprimento de eventual pena, o Estado deve agir sem excesso (proibição de excesso – *Übermassverbote*) e dentro do que

for sistemática e democraticamente definido como devido processo legal. Voltado para a vítima, deve o Estado observar o princípio da proibição da proteção deficiente, devendo o Estado adotar postura eficiente para atender a vítima lesionada em seus direitos, bem como para manter a paz social e a confiança no Direito (*Untermassverbote*).

Ocorre que, como alerta a doutrina, é mais difícil operacionalizar as obrigações estatais positivas em prol da proteção eficiente de direitos fundamentais do que as obrigações estatais negativas. Nas palavras de Feldens (2008, p. 90):

Diversamente do que sucede com a proibição de intervenção (excessiva), a função de imperativo de tutela pressupõe uma deliberação sobre o “se” e o “como” da proteção, circunstância que torna sua operacionalização mais difícil em relação àquela. Observe-se; enquanto na proibição de intervenção excessiva a legitimidade da ação estatal é questionada em face de uma medida específica (precisamente aquela que foi adotada), na hipótese de um imperativo de tutela a justificação há de estabelecer-se em face de um arsenal de medidas de possível adoção à proteção do direito fundamental (civis, administrativas, penais, etc).

Dito de outra forma, no exercício de seu dever de proteção, consubstanciado pela ideia de proibição de proteção deficiente, especialmente dos direitos fundamentais das vítimas, o Estado deve adotar, de antemão, uma disciplina legal e uma estrutura de Administração da Justiça que viabilize de forma adequada e eficaz os direitos fundamentais tutelados pela norma penal. Sem isso, é impossível garantir tais direitos. Mais uma vez a lição de Feldens (2008, p. 95):

Uma vez afastados tanto os excessos quanto déficits de proteção, atingimos a finalidade do sistema de proteção dos direitos fundamentais: uma proteção eficiente (enquanto não-insuficiente e não-excessiva). Logicamente, entre esses pontos extremos (limite máximo de intervenção e mínimo de proteção) existe um elevado espaço de liberdade de configuração do legislador, dentro do qual a solução não é constitucionalmente pré-determinada, e cujo preenchimento, por essa razão, é deixado ao plano da legislação.

Assim, tanto em relação ao acusado, quanto em relação à vítima, ou, em outras palavras, tanto em relação às garantias individuais do acusado,

quanto em relação à resposta estatal ao crime, o Estado deve agir sempre observando os pressupostos do princípio constitucional da proporcionalidade. E, em matéria de disciplina das medidas cautelares reais no PNCP, a orientação não é diferente. É preciso que o legislador, nesse momento, considere a razão, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade estrito senso dessas medidas. De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso (2010, p. 232):

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. [...] A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos.

O legislador do PNCP, notadamente em relação à disciplina das medidas cautelares reais, deverá sopesar entre os direitos do acusado e a resposta eficiente do Estado ao crime, o que significa conferir realidade aos direitos fundamentais tutelados pela norma penal. Tais medidas cautelares deverão constituir meios eficazes para a consecução dos fins da norma penal e dos direitos fundamentais por ela tutelados.

O legislador, antes mesmo do juiz, deverá calibrar essa balança entre a segurança e a liberdade, sob a luz do princípio constitucional da proporcionalidade. Mais uma vez segundo o Ministro Luís Roberto Barroso (2010, p. 235):

A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.

A exemplo do que ocorre com nosso objeto de análise, qualquer instituto de Direito Penal e de Direito Processo Penal modernos deve se ocupar não apenas da defesa do acusado perante o Estado, mas também da defesa das vítimas. As medidas cautelares reais previstas pelo PNCPP, portanto, deverão ser adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, isto é, devem atingir o fim almejado, da maneira menos gravosa. Em não havendo meio menos gravoso, que a medida adotada traga benefícios que superem os prejuízos do ônus imposto, sem, contudo, eliminar os direitos em aparente colisão (BARROSO, 2010, p. 235).

A posição aqui defendida, embora de origem estrangeira, não é estranha à jurisprudência constitucional brasileira e tampouco é incompatível com a realidade e necessidade nacional. O Supremo Tribunal Federal (STF), desde o início do século, tem reiterado essa posição (STF – ADI-MC 1.407-DF. Rel. Min. Celso de Melo, Pleno, DJ 24/11/2000).

Destarte, quando se propõe a criação, interpretação ou aplicação de um instituto penal ou processual penal, a exemplo das medidas cautelares reais no PNCPP, é preciso ter em foco os seguintes fundamentos: (a) que existe uma constante tensão entre liberdade e segurança; (b) que tanto acusado quanto vítima gozam de direitos e garantias fundamentais vinculados, simultaneamente, aos valores liberdade e segurança; (c) que o Estado deve atuar na administração desses direitos observando tanto a proibição do excesso (*Übermassverbote*) quanto a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbote*), na garantia desses direitos fundamentais (FELDENS, 2008, p. 95); (d) que as relações jurídico-penal e jurídico-processual penal possuem peculiaridades e complexidades que não permitem desconsiderar, em especial na sociedade atual, a presença e o papel da vítima, a qual pode se apresentar como pessoa física, jurídica (pública ou privada) ou como coletividade.

## 2 DA TUTELA CAUTELAR NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Como cedoço, a tutela cautelar tem por objetivo garantir o resultado prático do processo, isto é, o cumprimento da decisão judicial proferida. Qualquer que seja a modalidade do processo judicial em que se apresente, a tutela cautelar possui como função garantir a autoridade da Jurisdição. São cautelares as medidas com que “a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos” (DINAMARCO E LOPES, 2016, p. 27). De acordo com Piero Calamandrei (*apud* BRASILEIRO, 2017, p. 829/830):

Os provimentos cautelares representam uma conciliação entre duas exigências geralmente na Justiça: a da celeridade e a da ponderação. Entre fazer logo, porém mal e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, permitindo que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido posteriormente, de forma ponderada, nos trâmites vagarosos do processo ordinário.

No processo penal, a tutela cautelar se exerce por intermédio das denominadas medidas cautelares ou assecuratórias que podem ser solicitadas, contestadas e avaliadas ao longo da fase investigatória ou judicial, seja no corpo dos autos principais, seja em autos apartados. Ademais, assim como há as medidas cautelares, existem as medidas de contracautela, a exemplo da liberdade provisória.

Apesar da falta de técnica do atual CPP em relação à sistematização da disciplina das medidas cautelares, é possível agrupá-las em três conjuntos distintos, conforme o seu objetivo, de acordo com a lição de Renato Brasileiro (2017, p. 830/831): (a) medidas cautelares de natureza pessoal, (b) medidas cautelares de natureza probatória e (c) medidas cautelares de natureza real ou civil.

As **medidas cautelares de natureza pessoal**, recentemente atualizadas pela Lei nº 12.403/2011, são aquelas que recaem sobre a pessoa do investigado ou acusado, com o objetivo de garantir a eficácia da aplicação do principal efeito da condenação, que é a sanção penal, notadamente das penas privativa de liberdade e restritiva de direitos. É o caso, por exemplo, da prisão (preventiva e temporária) e das medidas pessoais alternativas à prisão (art. 319 do CPP), incluindo a fiança, que tem caráter obrigacional e não real.

As **medidas cautelares de natureza probatória**, a seu turno, têm por desiderato apoiar o processo penal garantindo a produção da prova. É o caso, por exemplo, da busca e apreensão, da produção antecipada da prova testemunhal e do depoimento especial da Lei nº 13.431/2017.

Aqui, necessário antecipar uma crítica ao PNCPP que, quanto às medidas cautelares de natureza probatória, reproduz deficiência do atual CPP, ao falhar, mais uma vez, na sistematização da disciplina das medidas cautelares. A começar pela falta de um título específico dedicado às medidas cautelares de natureza probatória. Há, no Livro III do PNCPP, um título dedicado às disposições gerais relativas às medidas cautelares, um outro dedicado às medidas cautelares pessoais, com dois capítulos, e um terceiro dedicado às medidas cautelares reais. Contudo, não existe um dedicado especificamente às medidas cautelares voltadas à produção da prova e à apuração do fato criminoso.

A correção de tal falha mostra-se imprescindível. Em primeiro lugar, porque é preciso sistematizar a matéria, inclusive para nortear a aplicação da legislação extravagante. Em segundo lugar, porque tratar a matéria junto à disciplina das provas, como ocorre hoje com a disciplina da busca e apreensão e da produção antecipada da prova testemunhal, leva ao equívoco de se confundir prova ou meio de prova com a medida cautelar cujo objetivo é a obtenção da prova.

Já as **medidas cautelares de natureza real, patrimonial ou civil** dizem respeito à reparação do dano e ao perdimento de bens como efeito da condenação. Como bem aduz Norberto Avena (2017, p. 271), as chamadas medidas assecutórias no CPP:

Tem como objetivo garantir que se efetivem os efeitos extrapenais obrigatórios da sentença penal condenatória, quais sejam, tornar certa a obrigação do acusado em indenizar a vítima pelos danos causados com o crime e conduzir à perda dos bens que tiver o condenado adquirido com o proveito da infração.

Busca-se, com elas, num primeiro momento, garantir a aplicação do principal efeito da condenação, que é a sanção penal fixada na forma de multa, cuja execução agora se dará perante a Vara de Execução Penal, conforme alteração trazida pelo “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019). Num segundo momento, tem como objetivo fazer valer os efeitos secundários e extrapenais da sentença condenatória, previstos no art. 91 do Código Penal (CP).

Depois temos o objetivo de fazer valer os efeitos secundários e extrapenais previstos na redação atual do art. 91 do CP e do art. 91-A, introduzido pela já mencionada Lei nº 13.964/2019, *in litteris*:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.



§ 1º-Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

e

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

Importante lembrar que muitos dos efeitos extrapenais, tanto genéricos quanto específicos, estão também positivados em normas extravagantes, a exemplo da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) (QUEIROZ, 2014, p. 583).

Acrescenta-se, nesse ponto, uma deficiência que deve ser superada, no CP, em articulação com o PNCPP. O art. 91 do CP não contempla, como efeito extrapenal genérico da condenação, a obrigação de adimplir as custas e despesas processuais, acréscimo necessário que diminuiria as despesas com o funcionamento da máquina pública de persecução penal e possibilitaria a aplicação dos recursos em outras áreas do Estado, inclusive, na própria segurança pública.

Outra crítica que deve ser apresentada ao sistema, refere-se à destinação da perda dos bens em favor da União ou do Estado. Num sistema que pretende incorporar os valores da justiça restaurativa e da prevenção do crime, seria mais eficiente, do ponto de vista da tutela dos direitos fundamentais, que o destino dos bens confiscados fosse o Município, especificamente seus Fundos Municipais de Combate às Drogas, de Defesa da Criança e do Adolescente, de Meio Ambiente, de Defesa do Consumidor, etc.

As causas dos crimes, em regra, têm origem nas dificuldades econômicas, culturais e sociais dos Municípios, notadamente os menores e mais pobres, e repercutem diretamente na vida dos munícipes. Ademais, boa parte das políticas públicas que poderiam intervir, direta ou indiretamente, na prevenção de crimes são da competência concorrente e comum dos Municípios (art. 23 da CF/88). Ocorre que o desempenho desse mister é quase sempre inviabilizado em razão dos debilitados e mal geridos orçamentos municipais.

Em suma, os objetivos, portanto, das cautelares reais, objeto do presente estudo, são: (a) o ressarcimento dos danos causados pelo crime; (b) o cumprimento da sanção penal pecuniária, notadamente a pena de multa; (c) a indenização das custas processuais e o confisco, cuja finalidade, lembremos, é “impedir a difusão de instrumentos idôneos à prática delituosa e vedar que o produto do crime enriqueça o patrimônio do acusado” (BRASILEIRO, 2017, p. 1.183).

Importante destacar que não se deve confundir as medidas cautelares reais com aquelas medidas administrativas de responsabilidade do Poder Judiciário voltadas à guarda, manutenção, administração, utilização e destinação final dos bens, móveis e imóveis que são acautelados.

A disciplina de medidas como a guarda, o depósito sob a responsabilidade do acusado ou de terceiros, a alienação antecipada, a administração judicial, a utilização dos bens por órgãos públicos é salutar, mas, assim como as medidas cautelares reais, não devem ser interpretadas restritivamente.

O juiz e a Administração da Justiça, considerando o poder geral de cautela, detém poder discricionário e regulamentar para disciplinar a adoção das medidas necessárias para que os bens acautelados sejam conservados

e bem empregados, devendo-se garantir que, ao final do processo, eles recebam a destinação adequada.

Mas esses não são os únicos objetivos que podem e devem ser alcançados pelas medidas cautelares reais. Sua aplicação coordenada com instrumentos despenalizadores por certo ajudará a calibrar os direitos fundamentais do acusado e da vítima e, conseqüentemente, racionalizará a Administração da Justiça, fazendo com que o tempo dos processos e o seu número sejam diminuídos, a fim de possibilitar a efetiva pacificação social.

Aliás, essas medidas de natureza civil poderão ainda ajudar a avançar na humanização do Direito Penal, permitindo que, com o tempo, seja possível, inclusive, senão eliminar, ao menos diminuir o número de sanções consistentes na privação de liberdade.

A perspectiva não é utópica, uma vez que o nosso sistema criminal não adotou uma postura completamente alheia às suas possibilidades de dar maior celeridade e eficiência à reparação dos danos causados pela infração penal. Tanto é assim que o CP, em seu art. 387, inciso IV, determina que o juiz, ao proferir a sentença penal condenatória, fixe valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Aliado a isso, o CPP cria a disciplina a ação civil *ex delicto* e, como vemos agora, estabelece cautelares de natureza real para viabilizar tais objetivos.

Se a opção do legislador fosse simplesmente esterilizar o processo penal de suas funções “civis” nada disso estaria aí. Ao contrário, o legislador, no intuito claro de dar solução mais célere e eficaz aos conflitos derivados do crime, fez com que o processo penal assumisse essa tarefa, tendo-se de reconhecer, portanto, que as medidas cautelares reais devem ser dotadas de disciplina que consubstancie essa função de política criminal, não podendo permitir uma proteção deficiente, notadamente da vítima.

Na prática, se utilizados com mais frequência, esses valiosos instrumentos serviriam para a concretização de um dos objetivos do Direito Penal, qual seja, a justa e efetiva pacificação social a um custo mais baixo. E mais. A aplicação efetiva desses instrumentos potencializaria uma das características básicas do Direito Penal, a de ser a *ultima ratio regum*.

Conforme ensina Francisco Assis de Toledo (2007, p. 13/14), o manejo eficiente desses instrumentos permitiria ao juízo a resolução de ações penais sem a necessidade, por exemplo, de aplicação de pena privativa de liberdade. Em crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça, por exemplo, extinguir-se-ia a punibilidade do acusado após o ressarcimento integral do dano e o adimplemento das custas processuais. Assim, a atividade persecutória do Estado seria regularmente custeada e o ofendido teria de volta seu patrimônio. E conclui o mestre Toledo (2007, p. 14):

Fica, pois, esclarecido o caráter limitado do direito penal, sob duplo aspecto: primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo, do dever estar condicionada sua intervenção à importância ou gravidade da lesão, real ou potencial. Pode-se elucidar o que foi dito com alguns exemplos, a saber: a) numa sociedade em que o casamento perdeu o caráter de vínculo jurídico indissolúvel, com a instituição do divórcio, não há razão para manter-se a tipificação do crime de adultério (CP, art. 240), embora se reconheça ser esse fato moralmente condenável; b) em certos crimes contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça por agente não perigoso, a efetiva reparação do dano deveria ser causa extintiva da punibilidade; c) certas ações, que causem danos desprezíveis, mesmo potencialmente, ao bem jurídico tutelado, devem considerar-se desde logo, em uma concepção material do tipo, não abrangidas pelo tipo legal de crime (princípio da insignificância). E assim por diante... [...]. (Grifo nosso)

Portanto, está demonstrado o relevante papel das medidas assecuratórias no sistema processual penal vigente. Dito isso, passamos a avaliar o PNCP, a fim de verificar quais avanços e retrocessos o texto atual traz quanto à eficácia das medidas cautelares reais ou de natureza civil.

### **3 DAS MEDIDAS CAUTELARES REAIS NO PNCP: EXCESSOS, DEFICIÊNCIAS E AVANÇOS**

De pronto, o que se observa no atual texto do PNCP é uma enorme dificuldade, ao menos no que concerne às medidas cautelares reais ou de natureza civil, em fazer com que o dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, notadamente das vítimas, seja eficientemente exercido.

#### **3.1 DAS DISPOSIÇÕES GERAIS RELATIVAS ÀS MEDIDAS CAUTELARES**

O PNCP dedica o Título I do seu Livro III à disciplina geral das medidas cautelares. Logo de saída, já nos deparamos com o problema da conveniência e dos cuidados que se deve ter ao se estabelecer uma disciplina geral para cautelares cujos objetivos são diversos, como já apresentado alhures.

A maior parte dos objetivos das medidas cautelares reais, por exemplo, são de natureza extrapenal. Logo, não podem se submeter aos

mesmos obstáculos das cautelares de outra natureza, sob pena de violação da proibição de proteção deficiente. Isso não significa, contudo, que em matéria civil o acusado no processo penal não usufrua de garantias. O problema é que tais “garantias” não podem inviabilizar a própria eficácia da medida cautelar.

Igualmente, não se quer aqui, como alerta Aury Lopes Júnior, tratar o processo penal como a *Cenerentola* (Cinderela) de Carnelutti (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 68/69), isto é, a irmã preterida em relação ao processo civil. Em outras palavras, não se quer aqui fazer com que o processo penal caiba nas roupas emprestadas pelo processo civil, mas sim reconhecer que, em matéria de cautelares reais no processo penal, algumas roupas do processo civil são as vestimentas adequadas, necessárias e proporcionais aos objetivos desses instrumentos.

Dito isso, de saída, verificamos que parte da indumentária geral proposta pelos autores do PNCPP para as medidas cautelares, em seus arts. 552 a 559, não veste adequadamente as cautelares reais, pois se não as inviabilizam totalmente, retiram grande parte de sua efetividade.

Extraí-se do art. 552 do projeto que as medidas cautelares reais, assim como as demais cautelares, poderão ser requeridas e decretadas durante a fase inquisitória (curso da investigação) ou durante a fase judicial (curso do processo).

Durante a fase judicial, as medidas serão decretadas pelo juízo, de ofício, ou a requerimento do que o projeto de código denominou de “partes”. Aqui o projeto apresentou, além de uma deficiência, uma contradição em relação aos direitos que reconheceu à vítima em seus arts. 103 a 105, bem como em relação à disciplina que dispensou ao que se convencionou chamar de “justiça restaurativa” (arts. 106 a 115 do PNCPP).

Isso porque o conceito de partes no Direito Processual Penal é, por conta de sua natureza peculiar, bastante discutível e polêmico, a começar pelo fato de que, nessa “relação jurídica processual penal”, autor (Ministério Público) e juiz e, muitas vezes, até mesmo a defesa (no caso, a Defensoria Pública), se confundem num só ente, qual seja, o Estado. Aury Lopes Júnior alerta para o fato de que (2015, p. 101):

A noção de processo como relação jurídica, estruturada na obra de Bülow, foi fundante de equivocadas noções de segurança e igualdade que brotaram da chamada relação de direitos e deveres estabelecidos entre as partes e entre as partes e o juiz. O erro foi o de crer que no processo penal houvesse uma efetiva relação jurídica, com um autêntico processo de partes.

Em contrapartida, Aury Lopes Júnior apresenta teoria de James Goldschmidt que define o processo não como relação jurídica, mas como

situação jurídica. Para Goldschmidt, “o processo é visto como um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 103).

O escopo desse trabalho não é, por certo, adentrar a discussão acerca da natureza jurídica do processo penal, mas é preciso reconhecer que, seja “relação jurídica”, seja “situação jurídica”, mais adequada para o processo do que a expressão “partes”, seria a expressão “sujeitos do processo”, a qual já é, inclusive, adotada pelo PNCPP em outros tópicos.

O processo penal, de fato, não pode ser tratado como se o acusador e o juiz não fossem a mesma pessoa, ou como se o único direito fundamental em jogo fosse a liberdade do acusado, desconsiderando-se os direitos fundamentais da vítima que, aliás, passou a ter um tratamento pelo PNCPP senão ideal, ao menos mais justo e adequado do ponto de vista processual.

Em outros termos, embora não se desconsidere que há instrumentos processuais comuns ao processo civil e ao processo penal e que as medidas cautelares reais se ajustam melhor às vestimentas do processo civil, o corpo do processo penal não deve, quando o assunto é partes, ser estrangulado nas vestes do processo civil, de onde a ideia de partes não pode ser simplesmente transplantada.

Desse modo, seria mais prudente que a expressão partes, constante do art. 552 do projeto, fosse substituída por “sujeitos do processo”, a fim de possibilitar o reconhecimento da legitimidade ativa *ad causam* da vítima, pelo menos, em relação aos pedidos de cautelares de natureza civil, cujo principal objetivo, como constante do art. 553 do mesmo texto, é garantir eventual reparação civil da própria vítima.

No caso das medidas cautelares reais, soma-se ainda o fato de que a vítima legitimada seria tanto a pessoa física, a pessoa jurídica, de direito público e privado, e a coletividade, esta substituída processualmente pelos legitimados a atuar no processo coletivo, nos casos, por exemplo, de crimes praticados contra o meio ambiente, o consumidor, a cidade sustentável e o patrimônio público, aplicando-se ao processo penal, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Civil (CPC) e do processo civil coletivo.

Tais medidas por óbvio cabem, ainda, em eventuais ações civis *ex delicto*, sem, inclusive, afastar os instrumentos cautelares previstos para o processo civil, devendo ser permitido adotar sempre o instrumento mais eficaz para o credor (proibição de proteção deficiente) e menos oneroso para o devedor (proibição de excesso).

Lembremos que o próprio acusado também poderá apresentar interesse na medida a fim de resguardar bens que não estejam em seu poder, mas que são de seu interesse e que poderão até auxiliá-lo, por exemplo, a quitar sua dívida numa eventual condenação.

Durante a fase de investigação, a seu tempo, consoante agora trazido pelo parágrafo único do art. 552 do PNCPP, não é possível a decretação de ofício da medida cautelar real pelo juízo, salvo para substituir medida já decretada. Então por quem deveria ser o magistrado provocado? O parágrafo único do art. 552 sugere exclusividade do Ministério Público (MP) e do Delegado de Polícia. Todavia, para que o sistema se mantenha coerente, mantendo o protagonismo dos sujeitos processuais, nada impediria que tanto o acusado, quanto a vítima possam atuar na busca de acautelamento real na fase de investigação, sob pena de tornar menos eficiente a defesa dos direitos fundamentais, principalmente da última.

E se não houver investigação formalmente instalada? Isto é, e se ainda não houver inquérito policial? Ou ainda, e se a investigação se der em outra seara que não o inquérito policial, a exemplo do procedimento de investigação criminal (PIC), do inquérito civil, de um procedimento de apuração de infração administrativa ou no curso de uma investigação promovida por comissão parlamentar de inquérito? Nesses casos seria lícito que o requerimento dessas medidas fosse feito apenas pelos citados órgãos de fiscalização ou também pela vítima e acusado? A resposta, em nosso entender, é positiva.

Isso porque, além do crivo judicial, exigido pelo parágrafo único do art. 552, a medida cautelar de natureza real poderá ser pleiteada, por força da analogia com o que estabelece o art. 294 do CPC combinado com o art. 3º do CPP (art. 6º do PNCPP), no curso do processo penal (incidentalmente) ou antes da instauração da investigação ou da ação penal (antecedentemente).

Melhor, por certo, seria que o PNCPP disciplinasse de maneira mais detalhada esses procedimentos. De qualquer sorte, impedir que a vítima ou outros sujeitos processuais possam se valer das medidas cautelares reais antes ou durante o processo significa violar a proibição de proteção deficiente.

De outra banda, a possibilidade de legitimação do acusado e, especialmente, da vítima não representaria uma violação da proibição do excesso. Isso porque, em primeiro lugar, as medidas cautelares reais, assim como as demais cautelares, dependem do controle judicial, devem atender aos fins da persecução penal e estão igualmente condicionadas, no mínimo, aos requisitos do *fumus comissi delicti* (como destacado pelo art. 555) e aos requisitos gerais de fundamentação descritos no art. 559, a exemplo da necessidade de se fundamentar a medida *in concreto*.

A propósito, os arts. 555 e 559 estão de acordo com as balizas que devem ser observadas pelo direito estatal de punir e, em verdade, apenas vem consolidar tendência legislativa e jurisprudencial quanto a um melhor controle da fundamentação das decisões judiciais, buscando assim regulamentar com maior precisão o art. 93, inciso IX, da CF/88 e garantir efetiva racionalidade e proporcionalidade nas decisões judiciais.

Outros pontos trazidos pelo PNCPP representam um retrocesso em matéria de proibição de proteção deficiente. Um deles é o constante no art. 553, segundo o qual as medidas cautelares dependem de expressa previsão legal. Ainda que a regra se repute indispensável para a disciplina das cautelares de natureza pessoal, dado seus objetivos, não o seria em relação às medidas cautelares reais. Como reconhece Aury Lopes Júnior, as cautelares reais não cuidam propriamente da liberdade do indivíduo, mas sim da “coisa” que está em jogo, qual seja, a propriedade. Segundo o autor (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 70/71):

Como explica Carnelutti, o processo civil é, nove de cada dez vezes, um processo de sujeitos que têm, e, quando um dos dois não tem, aspira muito ter. É o processo do meu e do teu, o que está em jogo é a propriedade, é uma relação coisificada, diria Simmel (muito antes e muito além dos juristas). [...] No processo penal, em (radical) câmbio, do que estamos tratando? Não é do ter, mas sim da liberdade. No lugar da coisa, pensa-se na liberdade, [...]. Trata-se de voltar para casa ou ser encarcerado.

Ao contrário do que defende parte da doutrina, entendemos ser perfeitamente aplicável ao processo penal o poder geral de cautela do juiz, mesmo em matéria de cautelares pessoais. Isso porque poder-se-ia chegar ao absurdo de aplicar medida cautelar mais gravosa ao investigado ou acusado em detrimento de medida que, no caso concreto, embora não positivada, seria mais adequada e proporcional às necessidades do processo, da vítima e do acusado. Conforme lição de Rogério Schietti Cruz (2018, p. 232):

[...] considerando as condições favoráveis do acusado [...] não poderia o juiz natural da causa, atento aos critérios do art. 282 do CPP – nomeadamente o que esclarece ser a prisão preventiva uma medida cautelar que somente pode ser imposta “quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” (art. 282, § 6º do CPP) – determinar, a par de outras cautelas, a proibição de portar, possuir ou manter arma de fogo, providência não elencada no art. 319 do CPP? Ainda que sem previsão expressa em lei, não seria a providência alvitrada suficiente e idônea para evitar a prática de novas infrações penais, sem o recurso à medida extrema?



O referido autor (CRUZ, 2018, p. 232/233), inclusive, destaca julgados do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, antes mesmo da previsão das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, admitiram a possibilidade da utilização do poder geral de cautela pelo juiz criminal (STJ - HC 357.814/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017 e STF - HC 94147/RJ; NÚMERO ÚNICO: 0001273-04.2008.0.01.0000; Relator: MIN. ELLEN GRACIE, J. 27/05/2008, Dje-107, 13-06-2008).

De qualquer sorte, estritamente em matéria de cautelares reais, além de não se cuidar da liberdade do acusado, mas sim de “coisas”, o juiz igualmente irá ponderar a medida mais eficaz para a garantia dos direitos fundamentais da vítima, sem, contudo, onerar desnecessariamente os direitos de propriedade do acusado.

Não se cuida aqui da supremacia do interesse público sobre o privado, mas do tratamento equilibrado dos direitos fundamentais tanto do acusado, quanto da vítima. Por certo o sistema penal se rege pela reserva de lei certa, taxativa e estrita (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 76). Mas, no caso das medidas cautelares reais, não se trata de criar punição por analogia, mas sim de instrumentalizar os direitos fundamentais da vítima.

Por tais razões, entendemos que a regra constante na proposta do art. 553 do PNCPP, de que as medidas cautelares dependem de “expressa previsão legal”, não se aplica às cautelares reais, ainda que haja divergência quanto a sua aplicação às demais medidas cautelares no processo penal.

O juiz, no processo penal, assim como no processo civil, detém poder geral de cautela, no mínimo, no que concerne às medidas cautelares reais. Tal posição é, inclusive, reconhecida pelos parágrafos únicos dos arts. 552 e 556 e pelo art. 557 do PNCPP, dos quais se pode extrair a regra de que o magistrado, de ofício, pode, alterar as circunstâncias que deram origem à cautelar, extinguir ou mesmo substituir a medida por outra que entender mais adequada (proporcional).

Outra deficiência do PNCPP é a restrição, também feita pelo art. 553, aos objetivos das medidas cautelares reais. Segundo o dispositivo, essas medidas assecuratórias teriam por escopo apenas “garantir a reparação civil”.

Como mencionado alhures, as medidas cautelares reais asseguram não apenas o ressarcimento dos danos causados pelo crime, mas a própria eficácia da sanção penal, o ressarcimento dos custos do processo e o confisco. Pela coerência do sistema, impõe-se a supressão dessa restrição.

Mais um exemplo de inadequação do PNCPP é a regra do art. 554, segundo a qual “é vedada a aplicação da medida cautelar que seja mais grave do que a pena máxima cominada”. Por óbvio que o dispositivo se refere exclusivamente às medidas cautelares de natureza pessoal, não sendo aplicável às medidas cautelares reais ou mesmo de natureza probatória, cujos objetivos não se vinculam à aplicação de pena privativa de liberdade.

De qualquer maneira, a regra desvenda mais uma vez a necessidade de utilização fundamentada do princípio da proporcionalidade, este regedor de todas as cautelares. Até porque, os valores máximos e mínimos das penas pecuniárias aplicáveis a um crime podem ser um dos parâmetros, mas não o único, a serem utilizados para, por exemplo, limitar a quantidade de bens a serem submetidos à indisponibilidade. Avancemos então na análise dessa disciplina geral das cautelares propostas pelo PNCCP.

Um ponto no PNCCP, no entanto, representa inegável avanço. O art. 556, acertadamente, destaca a possibilidade de aplicação cumulativa das medidas cautelares, a fim de que possibilitem uma proteção eficiente dos bens tutelados pela norma penal. Por exemplo, um acusado por um delito de trânsito poderia ser proibido de ingerir bebida alcoólica em público, ter suspenso o seu direito de dirigir e ainda ter tornado indisponível o veículo de sua propriedade.

Ainda quanto à disciplina geral aplicável às medidas cautelares reais no processo penal, o *caput* do art. 558 do PNCCP dispõe que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação do destinatário da constrição para que se manifeste sobre o pedido.

Na prática, uma medida cautelar processual penal, real ou não, só terá eficácia se for deferida e executada *inaldita altera pars*. Com vistas a conciliar o direito a uma prestação jurisdicional eficiente (proibição de proteção deficiente) com os direitos do acusado ou investigado (proibição de excesso), melhor seria adotar o contraditório diferido, por meio de contracautela patrimonial e outros meios de defesa como o mandado de segurança, conforme o caso, a exemplo do que ocorre com o pedido de restituição.

Nesse ponto, faz-se necessária uma mudança de paradigma, assim como foi feito, guardadas as devidas proporções, pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Referido diploma legal, por opção de política criminal, buscando dar concretude e efetividade aos instrumentos processuais de defesa da mulher, notadamente as medidas protetivas de urgência, afastou a necessidade de intimação prévia do agressor.

No mesmo sentido deve agir o PNCCP quanto ao contraditório diferido no caso das medidas cautelares, notadamente das cautelares reais, sob pena de violação do princípio da proibição de proteção deficiente.

Por derradeiro, outra opção que deveria ser revista pelo PNCCP é a exigência do requisito do *periculum in mora* para o deferimento de tais medidas. A fim de se evitar uma proteção deficiente, é necessário que o deferimento de todas as cautelares reais esteja dispensado do requisito do *periculum in mora*, consistente na demonstração da possibilidade ou da efetiva dilapidação patrimonial ou da insolvência do acusado.

A exemplo do que já ocorre com a cautelar de indisponibilidade de bens na disciplina do combate à improbidade administrativa (art. 7º da Lei nº 8.429/1992), que nada difere da medida proposta pelo PNCPP, vez que também voltada para a cautela patrimonial, não haveria necessidade de demonstração do *periculum in mora*.

Conforme a tese firmada no Tema Repetitivo nº 701 do STJ<sup>278</sup> (REsp nº 1366721/BA):

É possível a decretação da “indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro.

Isso porque, de acordo com a delimitação do julgado:

Percebe-se que o sistema da Lei de Improbidade Administrativa admitiu, expressamente, a tutela de evidência. O disposto no art. 7º da aludida legislação, em nenhum momento, exige o requisito da urgência, reclamando, apenas, para o cabimento da medida, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito.” [...] “Inegável, pois, que a medida cautelar instituída pela Lei de Improbidade Administrativa apresenta-se com caráter especial - que realça a necessidade de segurança jurídica, não estando submetida, por essa razão, à compreensão geral das cautelares, sob pena de serem suplantados os próprios propósitos da tutela a ser alcançada pela ação de improbidade administrativa. (Grifo nosso)

Vê-se que o argumento se aplica perfeitamente às medidas cautelares reais no processo penal, uma vez que, visando evitar uma proteção deficiente, reconhece-se a natureza de tutela de evidência dessas cautelares.

Por fim, um ponto merece destaque no tocante às disposições comuns das medidas cautelares reais e refere-se a uma opção de política criminal feita pelo nosso sistema jurídico. Tanto o atual CPP (art. 140), quanto o PNCPP (art. 677) estabelecem que os recursos acautelados pelas medidas

<sup>278</sup> [http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp). Acesso em: 15 jan. 2020.

assecuratórias reais serão utilizados prioritariamente na reparação dos danos causados às vítimas. A rigor, o principal objetivo do Direito Penal e do Processo Penal, uma vez condenado o acusado, seria que este cumprisse a pena imposta, no caso, a pena pecuniária, e não que ele adimplisse com sua obrigação civil de reparar os danos causados, objetivo do direito civilista.

No entanto, de forma justamente a equilibrar a balança entre a segurança e a liberdade, o nosso devido processo legal estipulou, como opção de política criminal, buscando celeridade, proporcionalidade e eficiência na pacificação social, que a vítima seja ressarcida em primeiro lugar. Priorizou-se, de forma acertada, a reparação dos danos causados pela infração penal em relação à retribuição penal.

De qualquer forma, tanto o texto do art. 140 do CPP, quanto do art. 677 do PNCPP, são confusos ao estipular os objetivos e as prioridades das medidas cautelares reais. Seria mais tecnicamente adequado que o título dedicado às medidas cautelares reais contasse com um capítulo dedicado às disposições preliminares e comuns às cautelares reais, no qual constasse expressamente que as medidas cautelares reais têm por objetivo e prioridade, nessa ordem, o ressarcimento dos danos causados pela infração penal, a aplicação das penas pecuniárias, o pagamento das despesas processuais e, por último, o confisco.

### 3.2 DAS MEDIDAS CAUTELARES REAIS EM ESPÉCIE

Antes de se proceder à análise crítica da disciplina das medidas cautelares reais em espécie trazidas pelo PNCPP, mister se faz uma breve digressão acerca de como são tratadas, hoje, pelo CPP.

Afora o poder geral de cautela que permite ao juiz penal a adoção de medidas cautelares reais atípicas (art. 3º do CPP c/c os arts. 297 e 301 do CPC<sup>279</sup>), o atual CPP elenca várias medidas cautelares reais típicas, também denominadas assecuratórias. São elas: (a) o sequestro (arts. 125 a 133 do CPP); (b) a especialização da hipoteca legal (arts. 134 a 135 do CPP) e (c) o arresto (arts. 136 a 144 do CPP), todas disciplinadas no Capítulos VI do Título VI (Das Questões e Processos Incidentes) do Livro I (Do Processo em Geral).

Além de medidas cautelares reais típicas ou nominadas, o atual CPP prevê e disciplina, entre os arts. 118 e 124: (a) a contracautela real da restituição de coisas apreendidas; (b) a busca e a apreensão, cautelar que possui natureza mista, tanto real quanto probatória (arts. 240 a 250 do CPP); e (c) a alienação antecipada para preservação do valor dos bens acautelados sempre que

<sup>279</sup> Ademais, segundo a doutrina, mantido está o poder geral de cautela do juiz no atual CPC, posição inclusive confirmada pelo Enunciado 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (NEVES, 2017).

estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação ou quando houver dificuldade para sua manutenção (incluída pelo art. 144-A, introduzido pela Lei nº 12.694/2012, em reforço à regra já anteriormente prevista no art. 120, §5º, do CPP).

O atual CPP, como já mencionado, não estabelece uma disciplina sistematizada sobre as medidas cautelares e, do que se lê do texto do PNCP, o equívoco se repete. Além de tecnicamente ser mais adequado agrupar a disciplina de todas as medidas cautelares em um livro próprio para tanto (cautelares pessoais, probatórias e reais), igualmente necessário seria dedicar, nesse livro, um título para todas as medidas cautelares adotadas e as respectivas contracautelas. Assim, imperativo também acrescentar ao título das medidas cautelares reais um capítulo dedicado à cautelar de apreensão e, respectivamente, a contracautela da restituição.

No entanto, esta não é a oportunidade mais importante perdida pelo projeto. Ao invés de assumir postura que confira maior efetividade às medidas cautelares reais, o PNCP se afasta ainda mais da opção de política criminal voltada ao efetivo ressarcimento dos danos causados pela infração. O projeto, assim como o atual CPP, prevê a fixação de valor mínimo de reparação dos danos (art. 453, inciso IV), mas esvazia a eficácia dos instrumentos voltados à sua consecução.

Pela atual sistemática, temos quatro cautelares reais à disposição para garantir os objetivos aqui já expostos, quais sejam: (a) a apreensão; (b) o sequestro; (c) a especialização da hipoteca legal e (d) o arresto.

Pelo texto do PNCP, seriam também quatro medidas cautelares reais, quais sejam: (a) indisponibilidade de bens (acréscimo bem-vindo, porém mal formatado e de eficácia prejudicada); (b) sequestro de bens; (c) especialização de hipoteca legal e (d) arresto de bens.

Muito embora fosse esse o momento oportuno para se corrigir e simplificar a disciplina das medidas cautelares reais, no geral, a formatação proposta pelo PNCP tornou ainda mais confuso e inexequível o manejo e a eficácia de tais medidas.

Há, contudo, de forma muito específica e, infelizmente, em pontos isolados, alguns avanços: (a) expressa menção da legitimidade da Fazenda Pública no manejo das medidas cautelares reais, revogando-se, assim, o Decreto-lei nº 3.240/1941 (arts. 639, parágrafo único, 678 e 796, inciso III, do PNCP); e (b) inspirado na Lei de Drogas, a possibilidade de utilização de bens sequestrados pelos órgãos públicos (arts. 665 a 668 do PNCP).

### 3.3 DA APREENSÃO

A apreensão, como visto, possui natureza mista, tanto probatória, quanto real.

Seu objetivo básico é apreender os objetos que guardam relação com o fato criminoso, para que estejam à disposição das diligências investigatórias e medidas processuais cabíveis, a exemplo dos exames periciais, da exibição do instrumento do crime, da necessidade de contraprova, etc. Juntamente com a preservação do local do crime, a apreensão é ato que passa a integrar o início do que as alterações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) denominaram de “cadeia de custódia” (arts. 158-A a 158-F do CPP). Função nitidamente probatória.

A apreensão também possui função patrimonial, uma vez que permite auxiliar no ressarcimento dos danos causados pelo crime, podendo ser utilizada também para viabilizar o confisco. Nesse particular, destaca a doutrina que a apreensão se volta para os vestígios, instrumentos e produtos diretos do crime (art. 240, § 1º, “b”, do CPP), enquanto os produtos indiretos do delito serão objeto não de apreensão, mas sim de sequestro.

Seria, portanto, de boa técnica, que o PNCCP contextualizasse a apreensão dentro das medidas cautelares e estabelecesse disciplina conjunta com a contracautela do pedido de restituição de coisa apreendida, bem como com as novas regras estabelecidas em relação à denominada “cadeia de custódia”, a fim de viabilizar uma disciplina sistemática e coerente do tema.

### 3.4 DA INDISPONIBILIDADE E DO SEQUESTRO DE BENS

O sequestro, pelo atual CPP, tem duplo objetivo: (a) a reparação dos danos causados pelo crime e (b) o confisco. Todavia, possui uma limitação indevida, qual seja, só alcançaria bens móveis e imóveis, mas desde que ilícitos (bens e valores adquiridos com os proveitos do crime), em posse do acusado ou de terceiros.

Segundo Eugênio Pacelli (2013, p. 314), os requisitos para a decretação do sequestro são aqueles tipicamente cautelares, quais sejam, a existência do fato criminoso e a presença de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126 do CPP).

Como medidas de contracautela, o CPP, em seu art. 129, prevê a possibilidade de oposição de embargos de terceiros (antigo art. 1048 do CPC, atuais arts. 674 a 681 do CPC), cabível para o caso de terceiros estranhos à infração penal, de embargos do acusado (art. 130, inciso I, do CPP) e de embargos de terceiros que adquiriram o bem do acusado de boa-fé (art. 130,

inciso II, do CPP). Cabe ainda, ao acusado, valer-se da apelação (art. 593, inciso II, do CPP) ou, se for o caso, do mandado de segurança.

Haverá o levantamento do sequestro, no caso de serem julgadas procedentes as contracautelas, ou nos casos dos incisos do art. 131 do CPP, isto é, quando a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias, contados da data em que ficar concluída a diligência, no caso do sequestro ter sido aplicado na fase extrajudicial, quando o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução que assegure o confisco (antigo art. 74, inciso II, “b”, segunda parte, do CP, atual art. 91 do CP) e quando for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o acusado, por sentença transitada em julgado.

Caso contrário, sendo condenado o acusado, em atenção ao art. 387, parágrafo único, e 133, ambos do CPP, o juiz, na sentença, deverá determinar a avaliação dos bens sequestrados e sua venda em leilão público ou ainda decidirá sobre seu destino, como, por exemplo, sua destruição ou sua perda em favor de alguma instituição pública, sendo o caso, devendo, de qualquer sorte, como visto, ser priorizada a indenização dos danos causados pela infração (art. 140 do CPP), depois o pagamento da sanção pecuniária, depois o pagamento das custas do processo e, enfim, o que sobejar, será incorporado ao patrimônio da União.

O PNCPP, todavia, ao invés de corrigir equívoco antigo quanto ao papel do sequestro e do arresto no processo penal, criou novos problemas judiciais e administrativos.

O primeiro deles foi adotar a medida assecuratória de indisponibilidade de bens (arts. 639, inciso I, e 642 do PNCPP) como uma “cautela da cautela”, isto é, uma medida acauteladora ou preparatória do sequestro. A disciplina é semelhante ao que hoje ocorre com o arresto prévio ou preventivo em relação à especialização e inscrição da hipoteca legal (art. 136 do CPP). Consoante o art. 642, § 2º, do PNCPP, “a indisponibilidade de bens só é cabível quando ainda não se tenha elementos para distinguir, com precisão, os bens de origem ilícita daqueles que integram o patrimônio regularmente constituído”.

Desta forma, a medida visa, em um primeiro momento, deixar indisponíveis todos os bens do investigado ou acusado para, em um segundo momento, detectar se existem bens, direitos ou valores adquiridos ilicitamente, quando então a medida será convertida em apreensão ou sequestro à luz do disposto no art. 647 do PNCPP.

Curiosa a concepção de uma medida acautelatória que, necessitando de uma outra medida cautelar, já nasce morosa e, portanto, inaplicável para fins cautelares. É um verdadeiro atestado de fracasso cautelar!

O equívoco aqui é não reconhecer que o que deve diferenciar o objeto e, portanto, a disciplina legal de uma medida cautelar real para a outra não

é o fato de o bem a ser acautelado ser lícito ou ilícito, móvel ou imóvel, ou, ainda, do objetivo ser recuperar o produto ou proveitos do crime ou o ressarcimento dos danos causados às vítimas.

Como se cuida de cautelares civis, devemos buscar na doutrina processual civil o seu escopo. O que importa definir é se a cautelar tem por objetivo a busca de bens indeterminados para garantir o pagamento de quantia certa, situação na qual estaríamos diante do arresto, ou se a cautelar tem por desiderato apontar bens determinados para garantir a entrega de coisa, o que seria função do sequestro (NEVES E OLIVEIRA, 2018, p. 269). Essa é a lógica a ser aplicada tanto no manejo das cautelares no processo penal ou no processo de ação civil *ex delicto*.

Soma-se a isso outro dado relevante: a indisponibilidade de bens nada mais é que uma modalidade semelhante ao arresto. Aliás, destaca a doutrina que a indisponibilidade de bens é, inclusive mais “enérgica” que o arresto porque “enquanto este somente diminui a disponibilidade sobre o bem, dissuadindo terceiros de adquiri-lo em razão de eventual constituição de fraude, aquela cria uma proibição de alienação, evitando qualquer espécie de transferência dos bens” (NEVES E OLIVEIRA, 2018, p. 272).

Logo, seria mais simples, barato, prudente, célere, proporcional e eficaz se o PNCPP estabelecesse apenas duas cautelares reais típicas, quais sejam, o sequestro e a indisponibilidade de bens (modalidade de arresto), e três contracautelas típicas, quais sejam, os embargos do acusado (art. 130, inciso I, do CPP), os embargos de terceiro do CPC e os embargos de terceiros do CPP (art. 130, inciso II).

Assim, o que distinguiria uma medida cautelar da outra, isto é, o sequestro da indisponibilidade de bens, seria tão somente o procedimento adotado para a execução da medida.

Perceba-se que a proposta aqui feita está em sintonia com recente e substancial alteração que o legislador fez na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), passando a permitir a manutenção do sequestro para bens lícitos, e não apenas ilícitos, para assegurar a reparação do dano, da pena de multa e das custas processuais, e não apenas o confisco, como pretende o PNCPP. Nesse sentido dispõe o art. 63-B da Lei de Drogas:

Art. 63-B. O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e objeto de medidas assecuratórias quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.



A mudança efetuada pelo legislador na Lei de Drogas deve ser estendida a todo o sistema penal e processual penal pelo CPP. Não se olvida que a situação posta coloca em conflito dois princípios constitucionais fundamentais, quais sejam, o direito de propriedade e o direito de ser assegurada a obrigação de reparar o dano e de serem cumpridas as penas impostas, após o devido processo legal, elencados no art. 5º, incisos XXII, XLV, XLVI, “b” (perda de bens) e “c” (multa), da CF/88 aliados aos valores descritos no *caput* do art. 5º da Carta Magna (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade). Objetivando esclarecer o tema, cita-se lição do professor Paulo Bonavides (2019, p. 285/286):

[...] Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar, isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Antes, quer dizer – elucida Alexy que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária.

Com isso – afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera [...].

Portanto, ao mesmo tempo em que a CF/88 assegura o direito de propriedade, ela assegura a obrigação de reparar o dano e de serem cumpridas as penas impostas após o devido processo legal. Tanto é verdade que o legislador reformulou a Lei de Drogas e permitiu que bens, direitos e valores lícitos fossem mantidos em constrição, quando necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

Avançando, é certo que o processo penal serve a três sujeitos: acusado, vítima e coletividade. A propósito, assim leciona Rogério Schietti Cruz (2018, p. 93):

[...] No direito penal e processual penal – salienta ÁVILA (2006, p. 55) - “podem ser identificados, ao menos, três titulares de interesses contrapostos: acusado, vítima e

coletividade. É o do equilíbrio desses interesses que resulta a ponderação complexa do dever de proteção penal. (...) Em relação à vítima e à coletividade, há um direito fundamental de proteção penal, no sentido de que o Estado proteja os bens jurídicos mais relevantes à agregação do tecido social mediante normas incriminadoras, com penas proporcionais, bem como exige a realização concreta desse sistema de justiça criminal de forma eficiente [...].

Por outro lado, deve ser observado o direito fundamental da coletividade de ser efetivada a obrigação de reparar o dano e de serem cumpridas as penas impostas, após o devido processo legal, sob pena de ocorrer uma proteção penal ineficiente. Cabe lembrar, mais uma vez, que o rol de direitos fundamentais no âmbito da persecução penal não se esgota na pessoa do acusado. Nesse passo, mais uma vez alerta Rogério Schietti Cruz (2018, p. 92):

[...] Entre esses direitos sobressai o direito à segurança, colocado ao lado do direito à liberdade, em igual estatura e importância, logo no *caput* do artigo 5º da Carta Magna, o que implica afirmar que o Estado está obrigado a assegurar tanto a liberdade do indivíduo contra ingerências abusivas do próprio Estado e de terceiros, quanto a segurança de toda e qualquer pessoa contra ataques de terceiros - inclusive do acusado - mediante a correspondente e necessária ação coercitiva (*potestas coercendi*) ou punitiva (*ius puniendi*). O direito à segurança também constitui uma das formas de realização da dignidade da pessoa humana. Certamente, “a preocupação em se estabelecer um ambiente em que reina a tranquilidade e a paz social, livre da instabilidade gerada pelas infrações penais, justifica-se por conta da necessidade em se assegurar ao desenvolvimento da pessoa humana, cujo exercício pressupõe a existência de harmonia. (BECHARA, 2005, p. 44) [...]”.

Portanto, seria salutar que o PNCP contemplatesse o sequestro como medida cautelar real, independente da indisponibilidade de bens, com ampla legitimidade para a sua propositura, com o objetivo de buscar, seja no patrimônio do acusado, seja no patrimônio de terceiros, bens determinados para garantir a entrega de coisa, independentemente de serem móveis

ou imóveis, lícitos ou ilícitos, ou de serem aproveitados para a reparação do dano, o cumprimento da pena pecuniária, o ressarcimento das custas processuais ou o confisco.

Interessante ainda, como parâmetro para a definição do *quantum* da constrição, a adoção dos valores constantes dos autos referentes aos danos causados pelo crime (autos de avaliação, perícias, prova documental e testemunhal, etc.) e a observância dos limites das penas pecuniárias que poderão ser aplicadas e os valores já definidos das custas processuais.

### 3.5 DA ESPECIALIZAÇÃO DA HIPOTECA LEGAL E DO ARRESTO DE BENS

Nessa mesma linha de argumentação, seria coerente que o PNCPP simplesmente revogasse as cautelares de especialização da hipoteca legal e arresto, bem como revogasse o inciso III do art. 1.489 do Código Civil (CC).

Pelo atual CPP, a especialização da hipoteca legal tem por objetivo não apenas o ressarcimento dos danos causados a eventuais vítimas, mas também o ressarcimento das despesas e custas processuais e recai somente sobre bens imóveis e lícitos do acusado, inclusive se forem bens de família (art. 3º, inciso VI, da Lei nº 8.009/1990).

De acordo com a disciplina dos arts. 127 e 134 do CPP, só pode ser requerida na fase judicial. Na fase extrajudicial, prevê o CPP a utilização do denominado “arresto prévio” (art. 136 do CPP), utilizado para “acautelar a cautelar” da especialização da hipoteca legal. Se a especialização da hipoteca não for solicitada em quinze dias, deverá ser levantado o arresto.

Apenas estão legitimados a propor essa medida, em princípio, o ofendido, seu representante legal ou eventuais herdeiros. Todavia, o art. 142 do CPP flexibiliza a legitimidade, deferindo-a ao Ministério Público quando houver interesse da Fazenda Pública ou se o ofendido for pobre e o requerer<sup>280</sup>.

A doutrina majoritária entende que o dispositivo em referência não foi recepcionado pela CF/88, pois é vedado ao Ministério Público prestar consultoria jurídica aos entes federativos (BRASILEIRO, 2017, p. 1.169).

Essa restrição à legitimidade para a propositura dessa cautelar não procede, pois é possível que a vítima, a depender do crime, seja o Estado ou a coletividade, e, nesses casos, terão legitimidade para propor a medida a entidade pública lesada e o Ministério Público. O próprio fato de a cautelar em comento também buscar o ressarcimento das custas processuais já autorizaria a Fazenda Pública ou o Ministério Público a fazê-lo.

De qualquer maneira, seria salutar que o PNCPP estabelecesse, de forma expressa, uma legitimidade concorrente entre o Ministério Público e

<sup>280</sup> Art. 142. Caberá ao Ministério Público promover as medidas estabelecidas nos arts. 143 e 137, se houver interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer.

a Fazenda Pública, retirando a restrição prevista em seu art. 678. E mais. Para espancar quaisquer dúvidas acerca do tema, mister ainda que se estabelecesse expressamente a possibilidade de fixação de dano moral coletivo, no caso de crimes cuja vítima é a coletividade.

Seria também necessário, caso mantidas referidas cautelares, contemplar a legitimidade do Ministério Público e a possibilidade de representação pela autoridade policial para o seu manejo, quando o caso concreto envolver crimes que causem dano à coletividade, a exemplo dos crimes de tráfico de drogas, organização criminosa, lavagem de dinheiro, etc.

Essa alteração auxiliaria no ressarcimento do dano causado por esse tipo de infração, que não possui vítima certa, mas afeta a coletividade como um todo e, conforme sustentado em outro tópico, possibilitaria ao Juiz aplicar medida resolutiva, a exemplo da extinção da punibilidade, a depender da espécie de crime praticado.

O procedimento para a sua implementação, de qualquer sorte, é extremamente moroso e complexo, mostrando-se inexequível e sem eficácia na prática forense.

Para a sua concessão, primeiramente exige-se o *fumus boni juris*, conforme o art. 134 do CPP<sup>281</sup>, o qual demanda apenas a certeza da infração e indícios suficientes da autoria e, para alguns, embora não haja expressa previsão legal, o *periculum in mora* (BRASILEIRO, 2017 p. 1.168). Além disso, exige-se do ofendido que estime o valor da indenização e dos bens imóveis que pretende sejam especializados para fins da hipoteca.

Em seguida, o juiz determina que seja arbitrado valor para a indenização e para os imóveis (art. 135 do CPP), por um perito nomeado ou por um avaliador judicial. As partes e o Ministério Público são, na sequência, ouvidos, em dois dias, podendo impugnar os valores arbitrados ou opor outros obstáculos ao processo, vindo o feito para decisão do Juiz.

Dessa decisão cabe ainda apelação (art. 593, inciso II, do CPP) ou, se for o caso, mandado de segurança (art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009). Além disso, sequer há previsão de disciplina expressa acerca de contracautelas que poderiam ser utilizadas pelo acusado, a exemplo do que ocorre com o sequestro (art. 130 do CPP).

Todo esse esforço, contudo, não para tornar o bem inalienável, mas apenas para opor a informação da hipoteca *erga omnes*. E, para arrematar, sendo condenado o acusado, com o trânsito em julgado do processo penal, os autos da especialização da hipoteca legal serão encaminhados para o juízo cível

---

<sup>281</sup> Art. 134. A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

para lá se aguardar manifestação do ofendido, em prazo que não foi estipulado pela lei, para ser executada a hipoteca (art. 143 do CPP).

O mais curioso é que o instituto é tão ineficaz que necessita ser acautelado por uma outra cautelar, no caso, o denominado “arresto prévio” (art. 136 do CPP) que, tanto no atual CPP, quanto no PNCPP mantém seu papel subalterno em relação à especialização da hipoteca legal.

Isso porque o arresto funciona como “cautelar” da “cautelar da especialização da hipoteca legal”, a fim de tornar os bens imóveis do acusado inalienáveis, durante o moroso período em que tramita o pedido de especialização da hipoteca legal (arresto prévio ou preparatório – art. 136 do CPP<sup>282</sup> e art. 673 do PNCPP) ou funciona como medida subsidiária à especialização da hipoteca legal, caso o acusado ou investigado não possua imóvel ou o valor deste seja insuficiente para o fim de ressarcir os danos causados pelo crime (arresto subsidiário - art. 137 do CPP<sup>283</sup> e art. 674 do PNCPP).

Tanto a especialização da hipoteca legal, quanto o arresto, no CPP, voltam-se exclusivamente aos bens lícitos do acusado suscetíveis de penhora com o objetivo de reparar os danos causados pela infração. Com relação ao arresto, também não há disciplina específica de eventuais contracautelas.

E como se não bastasse, o PNCPP, a seu turno, alterou a disciplina do arresto, tornando-o ainda mais inócua e morosa. Ao contrário do que prevê o atual art. 134 do CPP, o PNCPP, em seu art. 671<sup>284</sup>, impôs como condição para o deferimento da medida que a vítima se habilite como assistente no processo penal. Além disso, exigiu que se demonstre a tentativa do acusado de alienar seus bens com o fim de frustrar o pagamento da indenização.

Por óbvio que tais requisitos, o primeiro de necessidade duvidosa e o segundo de uma quase impossibilidade de demonstração, merecem decote do PNCPP.

Vê-se, portanto, que tanto a especialização da hipoteca legal, quanto o arresto, que no CPP possui posição acessória em relação a ela,

---

<sup>282</sup> Art. 136. O arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal.

<sup>283</sup> Art. 137. Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis.

§ 1º Se esses bens forem coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, proceder-se-á na forma do § 5º do art. 120.

§ 2º Das rendas dos bens móveis poderão ser fornecidos recursos arbitrados pelo juiz, para a manutenção do indiciado e de sua família.

<sup>284</sup> Art. 671. A hipoteca legal sobre os imóveis do acusado poderá ser requerida pela vítima habilitada como assistente, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes de autoria e de que o requerido tenta alienar seus bens com o fim de frustrar o pagamento da indenização.

são completamente dispensáveis. Isso porque perfeitamente substituíveis pela indisponibilidade de bens que, nada mais é do que uma modalidade de arresto com objetivo muito mais efetivo: tornar todos os bens do investigado ou acusado, no limite da dívida ou de parte da dívida, indisponíveis.

#### 4 CONCLUSÃO

A criação, interpretação e aplicação de um instituto penal ou processual penal, em nosso ordenamento jurídico, a exemplo das medidas cautelares reais no PNCPP, demandam que não se perca de vista a existência de uma constante tensão entre liberdade e segurança e que tanto acusado quanto vítima gozam de direitos e garantias fundamentais vinculados, simultaneamente, à liberdade e à segurança.

E mais. É preciso ter em mente que o Estado, na administração e garantia desses direitos fundamentais, deve atuar observando tanto a proibição do excesso (*Übermassverbote*), quanto a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbote*), na garantia desses direitos fundamentais. E que a vítima, na atual conjuntura jurídica, possui papel de elevada importância, não podendo nunca ser desconsiderada.

O raciocínio é perfeitamente aplicável às cautelares reais no processo penal e qualquer disciplina que retire sua efetividade e capacidade de atingir seus objetivos, representa uma violação ao princípio da proibição de proteção deficiente.

Nessa toada, o PNCPP, ao propor novos balizas processuais penais, perdeu valiosa oportunidade de simplificar a disciplina das medidas cautelares reais, corrigindo distorções do atual CPP e tornando, no geral, mais confuso e inexecutável o uso das medidas assecuratórias.

Ao invés de corrigir equívoco antigo quanto à necessidade do reconhecimento do poder geral de cautela no processo penal, quanto à desnecessidade da demonstração do *periculum in mora* para o deferimento das cautelares reais, e quanto ao papel do sequestro e do arresto no processo penal, o PNCPP criou novos problemas judiciais e administrativos.

O primeiro deles foi adotar a medida assecuratória de indisponibilidade de bens como uma “cautela da cautela”, isto é, uma medida acauteladora ou preparatória do sequestro ou da apreensão, mesmo sendo ela semelhante ao arresto e, no mais das vezes, mais “enérgica”.

Mais simples, barato, prudente, célere, proporcional e eficaz seria se o PNCPP estabelecesse apenas duas cautelares reais típicas, quais sejam, o sequestro e a indisponibilidade de bens, e três contracautelas típicas, quais sejam, os embargos do acusado (art. 130, inciso I, do CPP), os embargos de terceiro do CPC e os embargos de terceiros do CPP (art. 130, inciso II).

Assim, o que distinguiria uma medida cautelar da outra seria tão somente o procedimento adotado para a execução da medida, o que facilitaria o atingimento dos objetivos das cautelares reais, notadamente o ressarcimento da vítima.

Nessa mesma linha de argumentação, mais coerente que o PNCPP simplesmente revogasse as cautelares da especialização da hipoteca legal e do arresto, substituindo-as pela indisponibilidade de bens que, como dito, não deixa de ser uma modalidade de arresto com um objetivo muito mais efetivo: tornar todos os bens do investigado ou acusado, no limite da dívida ou de parte da dívida, indisponíveis, sem, contudo, impedir o seu uso ou fruição.

Há, contudo, alguns avanços que merecem menção: *(a)* a expressa menção da legitimidade da Fazenda Pública no manejo das cautelares reais, revogando-se, assim, o Decreto-lei nº 3.240/1941 (arts. 639, parágrafo único, 678 e 796, III, do PNCPP) e *(b)* inspirado na Lei de Drogas, a possibilidade de utilização de bens sequestrados pelos órgãos públicos (arts. 665 a 668 do PNCPP).

Faz-se necessário, enfim, aproveitar a oportunidade do PNCPP para simplificar o sistema das medidas cautelares reais, a fim de que possa não apenas atender a proibição de eventuais excessos em desfavor do acusado, mas para que, efetivamente, possa garantir os direitos fundamentais da vítima (Estado, particular ou coletividade) de forma eficiente.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. edição. São Paulo: Método, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.



\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da penha.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.343, de 26 de agosto de 2006. Lei de Drogas.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. “Pacote Anticrime”.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-2-verso-compilada.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Substitutivo do Projeto de Lei nº 8.045/2010. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3DF86](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3DF86)

8150867A536923EC2B6E08305D9.proposicoesWebExterno1?codteor=1668776&filename=Tramitacao-PL+8045/2010. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. Volume Único. 5. ed. Salvador: JusPodium, 2017.

CÂNDIDO RANGEL, Dinamarco; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Salvador: JusPodium, 2018.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: Garantismo, Deveres de Proteção, Princípio da Proporcionalidade, Jurisprudência Constitucional Penal e Jurisprudência dos Tribunais de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

HESSE, Konrad (Tradução de Luís Afonso Heck). **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodium, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual**. São Paulo: Método, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PETERKE, Sven (Coordenador). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: ESMPU, 2009.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. Salvador: JusPodium, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Igor Moraes. **Direito e Justiça em Ulpiano: Reflexões sobre o Justo dos Gregos e aos Romanos.** Revista DUC In Altum Cadernos de Direito, v. 10, nº 22, set-dez, 2018. p. 203/257.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Meio Ambiente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 200.



# PRINCIPAIS ASPECTOS DOS RECURSOS DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL, ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO, AGRAVO INTERNO, EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E DO PROCESSO E JULGAMENTO DOS RECURSOS NOS TRIBUNAIS NO ATUAL PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Paulo Henrique Mendonça de Freitas<sup>285</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa analisar os principais aspectos dos Embargos de Declaração, Recurso Ordinário Constitucional, Recursos Especial e Extraordinário, Agravo Interno, Embargos de Divergência e, ainda, o Processo e Julgamento dos Recursos nos Tribunais no Projeto do Novo Código de Processo Penal (PL nº 8.045/2010). O referido projeto objetiva atualizar a legislação processual penal codificada para adaptar e atender à necessidade de garantir, de um lado, segurança jurídica aos direitos constitucionais dos acusados/ investigados e, de outro lado, a eficiência do Sistema Processual Penal.

**Palavras-chave:** Recursos em espécie – Principais Aspectos - Projeto de Lei nº 8.045/2010 – Novo Código de Processo Penal Brasileiro.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Dos Embargos de Declaração. 3. Recurso Ordinário Constitucional. 4. Dos Recursos Especial e Extraordinário. 5. Do Agravo Interno. 6. Dos Embargos de Divergência. 7. Do Processo e Julgamento dos Recursos nos Tribunais. 8. Conclusão. 9. Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O atual e vigente Código de Processo Penal foi introduzido no ordenamento jurídico por meio do Decreto-Lei nº 3.689/1941 e, desde o início de sua vigência – 77 anos -, passou por inúmeras reformas e atualizações.

Como detentor do direito de punir o indivíduo que viola a lei penal, o Estado é o legítimo titular da pretensão punitiva de submeter o autor da conduta delituosa à sanção abstratamente prevista em lei. A concretização desse *jus puniendi* é veiculada e efetivada por meio do devido processo legal que, por sua vez, deve pautar-se por dois objetivos principais, quais sejam: de um lado o respeito aos direitos fundamentais do acusado; e de outro a eficiência do processo penal. Discorrendo sobre esse dilema do processo penal, Renato Brasileiro de Lima assevera (2018, p. 38):

---

<sup>285</sup> Promotor de Justiça do MPMS. Graduado em Direito pela UFMS. Pós-Graduação em Penal e Processo Penal. Professor universitário na FINAN. Aprovado nos concursos públicos de Promotor de Justiça no MPGO, MPAC e MPMS.

É esse, pois o grande dilema do processo penal: de um lado, o necessário e indispensável respeito aos direitos fundamentais; do outro, o atingimento de um sistema criminal mais operante e eficiente. Há de se buscar, portanto, um ponto de equilíbrio entre a exigência de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de maior efetividade do sistema persecutório para a segurança da coletividade.

Especialmente em relação ao direito de recorrer das decisões judiciais, mister rememorar que este direito está umbilicalmente ligado ao direito constitucional de presunção de inocência ou de presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF/88), conforme distinção doutrinária baseada na literalidade do texto do dispositivo retrocitado, direito do qual decorrem duas regras: uma **regra probatória** que atribui o ônus da prova da culpabilidade do acusado ao órgão acusatório (*in dubio pro reo*); e outra **regra de tratamento** que impõe a liberdade como regra e a prisão como exceção, de modo a impedir prisões processuais automáticas e a execução da sanção penal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No que toca à regra de tratamento, como corolário do princípio de inocência ou de não culpabilidade, o tema ganhou bastante repercussão e destaque nos últimos dias em razão da sua implicação com a possibilidade ou não de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Referido tema foi objeto de recente apreciação nas ADCs 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal<sup>286</sup>, que concluiu, após oscilar sua própria jurisprudência ao longo dos anos<sup>287</sup>, pela constitucionalidade do art. 283

<sup>286</sup> Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019.

<sup>287</sup> Até fevereiro de 2009 o STF se posicionou favorável a execução provisória da pena, sob o fundamento de que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo (STF. Plenário. HC 68726, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 28/06/1991); após 05/02/2009, o STF, no julgamento do HC 84078 manifestou-se desfavorável à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado; a partir de 17/02/2016, o STF, no julgamento do HC 126292, retomou o entendimento pela possibilidade de execução provisória da pena, sob o fundamento de que i) os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, ii) a presunção de inocência dura somente até o acórdão condenatório ou que mantenha sentença condenatória em 2º grau, pois após a 2ª instância não seria possível rediscutir matéria fática, mas apenas de direito, iii) é possível o estabelecimento de limites à presunção de inocência, iv) é necessário equilibrar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional penal, atendo-se aos interesses da sociedade e do acusado, e não só deste último, e v) ao argumento de que em

do Código de Processo Penal vigente, dada a sua compatibilidade com o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, de modo que somente é possível a execução da pena após o esgotamento de todos os recursos, ou seja, com o trânsito em julgado da decisão.

Ademais, insta salientar, ainda, o ambiente político e jurídico em que o projeto do novo código de processo penal tramita, com a recente aprovação da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) e do denominado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), as quais trouxeram diversas alterações no sistema penal e processual penal que afetam direta ou indiretamente a eficiência do sistema criminal.

Nesse contexto, em que tencionam correntes de pensamento antagônicas acerca das implicações e consequências da prisão e de outras cautelares processuais penais em relação aos direitos constitucionais dos acusados e à eficiência do sistema criminal brasileiro é que se deve analisar o projeto do novo código de processo penal, especialmente no que tange aos recursos.

Assim, o presente artigo busca abordar, com atenção no cenário e no contexto político, social e jurídico, os principais aspectos dos recursos de Embargos de Declaração, Recurso Ordinário Constitucional, Recursos Especial e Extraordinário, Agravo Interno, Embargos de Divergência e, ainda, o Processo e Julgamento dos Recursos nos Tribunais, conforme proposta contida no Projeto de Lei nº 8.045/2010, que trata do Novo Código de Processo Penal Brasileiro.

Sem qualquer pretensão exaustiva ou conclusiva, o presente trabalho visa contribuir para reflexão sobre o tema e o aprimoramento da proposta, especialmente para que sua aplicação reflita os anseios da sociedade de combate à criminalidade, seja em relação aos crimes de rua e violentos, seja em relação aos crimes do colarinho branco configuradores da endêmica corrupção pública e privada.

## **2 DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

Conquanto exista certa divergência sobre a natureza jurídica dos embargos de declaração, estes são considerados, majoritariamente pela doutrina e pela jurisprudência, como verdadeiros recursos, embora sirvam para o esclarecimento e integração de decisões judiciais nas hipóteses de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

Sobreleva destacar a finalidade do citado recurso, que, conforme leciona Edilson Mougenot, são (2019, p. 1120):

---

nenhum país do mundo, depois do duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Corte Suprema; e, após 07/11/2019, ao julgar as ADCs 43, 44 e 54, o STF retornou à posição desfavorável ao cumprimento provisório ou antecipado da pena antes do trânsito em julgado, entendido este como o esgotamento de todos os recursos.

Os embargos declaratórios não têm por fim primário a rediscussão do mérito da causa, pautando-se essencialmente na integração ou retificação do julgado, ressalvado, excepcionalmente, seu efeito infringente. Oferecem a oportunidade de nova manifestação do órgão prolator da decisão impugnada depois de encerrado o ofício jurisdicional que lhe competia. Por terem caráter recursal, também se sujeitam aos requisitos ou pressupostos de admissibilidade dos recursos em geral.

De outro giro, os embargos de declaração, conforme consta da proposta do Novo do Código de Processo Penal, ganharam nova sistematização, aglutinando em único artigo, com três incisos e quatro parágrafos<sup>288</sup>, previsões que no atual Código de Processo Penal encontram-se em dispositivos diversos, tal como ocorre com a previsão, contida no inciso II do Art. 526 do Lei nº 8.045/2010, de cabimento deste recurso em face de decisão de juiz ou tribunal, cujos dispositivos correspondentes encontram-se esparsos nos art. 382 e art. 619 e ss, do atual CPP.

Outra importante inovação neste projeto, porquanto não há igual previsão no atual CPP, é a expressa previsão legal de interposição de embargos de declaração para corrigir erro material, contida no inciso III do art. 526 do projeto. Referida hipótese já era amplamente admitida pela jurisprudência e pela doutrina, que já se posicionavam favoráveis ao cabimento desse recurso para sanar erro material, em homenagem ao princípio da economia e da celeridade processual (MOUGENOT, 1120-1121).

No multicitado projeto do novo código restou expresso, na primeira parte do §1º do art. 526, os limites dos efeitos modificativos dos embargos declaratórios, limites estes já reconhecidos majoritariamente pela doutrina

<sup>288</sup> “Art. 526. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na decisão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o **juiz ou tribunal**;

III - corrigir **erro material**.

1º Os embargos **só terão efeito modificativo na medida do esclarecimento** da obscuridade, da eliminação da contradição ou do suprimento da omissão, **ouvida a parte contrária no prazo de cinco dias**.

2º Os embargos serão opostos **uma única vez, no prazo de cinco dias**, em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissão.

3º O juiz **julgará os embargos no prazo de cinco dias**. No tribunal, sendo impugnado o acórdão, o relator apresentará os embargos em mesa, na sessão subsequente, independentemente de intimação, proferindo voto. Sendo a impugnação de decisão monocrática, o próprio relator julgará os embargos.

4º **Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso a instância superior considere existente erro, omissão, contradição ou obscuridade.**”



processualista penal. Nesse sentido, Mougnot (2019, p. 1123): “Entretanto, não são viáveis os embargos declaratórios com o objetivo de inovar matéria não deduzida na sentença ou acórdão, uma vez que não foram levantadas nas alegações ou razões, respectivamente”.

Outra importante inovação que visa assegurar a observância do contraditório está contida no art. 526, §1º, parte final, que, na sistemática do atual CPP, somente seria oportunizado em casos de embargos de declaração com efeitos infringentes, e que, com esta previsão legal, tornar-se-á regra geral a oportunidade o contraditório para todos os casos de embargos de declaração.

Visando obstar a interposição de embargos protelatórios, o projeto do NCPP prevê, no art. 526, §2º, vedação de interposição de mais de um embargo de declaração, proibição que não existe no CPP atual, a fim de evitar embargos protelatórios de decisão proferida em embargos de declaração, e que geram, atualmente, o efeito cascata de recursos de embargos protelatórios, vale dizer: visa obstar a interposição de recursos embargos de declaração em sucessivos e em sequência.

O art. 526, §2º, amplia o prazo para a interposição de embargos declaratórios, que no código atual é de 2 dias (art. 619, CPP), e, a partir da vigência do NCPP, será ampliado para 5 (cinco) dias. Ademais, tal previsão unificará os prazos de interposição deste recurso, pois, atualmente, há previsão de 2 dias no CPP, de 5 dias nos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e na Lei nº 9.099/95, e, com o aludido dispositivo, esses prazos se igualam.

Importante efeito dos embargos de declaração admitido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, que **não** está previsto no projeto do NCPP, é a interrupção dos prazos para interposição de outros recursos. Infelizmente, o projeto do NCPP **repetiu a lacuna normativa existente no atual e vigente código, de forma que, se não houver emenda do projeto para acrescentar este importante efeito, continuará sendo necessária a aplicação analógica do CPC para suprir a referida lacuna**, com a incidência do art. 1.026 do CPC/2015.

Quanto aos embargos de declaração interpostos no âmbito dos juizados especiais criminais, a sua interposição acarreta a suspensão dos prazos para outros recursos, assim como ocorre em relação aos EDs interpostos no STF e no STJ (LIMA, pág. 1762).

Ademais, o §3º do multicitado artigo do projeto do NCPP traz previsão de prazo para julgamento dos embargos de declaração, o que não existe no CPP atual.

Por fim, outra importante inovação contida no §4º do art. 526 é a previsão, agora em lei, do denominado **prequestionamento ficto** como efeito da interposição de embargos de declaração, o qual já era admitido pela jurisprudência sumulada dos Tribunais Superiores e que consta, ainda, expressamente no Código de Processo Civil de 2015.

Diante da necessária e habitual utilização dos embargos de declaração, nas hipóteses de omissão da decisão, para fins de prequestionamento da matéria, objetivando posterior interposição de recurso especial ou extraordinário, o mencionado dispositivo incluirá o prequestionamento ficto.

Dessa forma, o citado dispositivo prevê, em nível legal, o que já era assentado em enunciados de súmulas de jurisprudência dos Tribunais Superiores, conferindo maior segurança jurídica às partes. Confira-se a jurisprudência no que tange ao tema:

Súmula 356 do STF, “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Súmula 282 STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Súmula 98 do STJ: Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

Por fim, registre-se que, embora exista a possibilidade de prequestionar ponto omissis da decisão, não são viáveis os embargos declaratórios com o objetivo de inovar matéria não deduzida na sentença ou acórdão, quando não forem levantadas nas alegações ou razões, respectivamente (MOUGENOT, pág. 1123).

### 3 DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

O recurso ordinário constitucional possui previsão constitucional (para o STF: art. 102, II, “a”<sup>289</sup>; para o STJ: art. 105, II, “a”<sup>290</sup>, da CF/88), que

<sup>289</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;”

<sup>290</sup> “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

II - julgar, em recurso ordinário:

a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;”

estabelece suas hipóteses de cabimento, quais sejam: nas hipóteses de decisões denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, no caso de RO para o STF, e nas hipóteses de decisões denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, no caso de RO para o STJ.

Apesar de o recurso ordinário constitucional representar via de acesso aos Tribunais Superiores – STF e STJ –, que são órgãos do Poder Judiciário que tem por função jurisdicional, precipuamente, a interpretação e a uniformização do direito constitucional e da legislação federal, respectivamente, este recurso devolve amplamente ao STF ou ao STJ toda a matéria fática e de direito, funcionando esses tribunais como órgãos de segunda grau no exercício do duplo grau de jurisdição. Nesse sentido assevera Mougenot (2019, p. 1200):

No recurso ordinário constitucional a matéria devolvida à apreciação do STF e do STJ é a mais ampla possível, vale dizer, tal recurso comporta exame de matéria de fato e de direito. Referidos tribunais, ao apreciarem o recurso ordinário constitucional, funcionam como se fossem órgãos de segundo grau, cortes de apelação. O âmbito de devolutividade da matéria decidida pelos tribunais, portanto, é amplo.

A atual sistemática procedimental vem regulamentada pela CF/88 (art. 102, II; e art. 105, II, CF), pela Lei nº 8.038/90 (art. 30 a 32 ROHC-STJ, 33 a 35; ROMS-STJ no STJ; pelo Regimento Interno do STJ (art. 244 a 246, ROHC-STJ) e pelo Regimento Interno do STF (art. 247-248 ROMS-STJ).

O prazo para a interposição de **ROC em habeas corpus no STJ**, atualmente, está previsto no art. 30, *caput*, da Lei nº 8.038/90<sup>291</sup>, e é de 5 (cinco) dias. E o prazo para **ROC em mandado de segurança nesse tribunal**, atualmente é de 15 (quinze) dias, conforme previsto no art. 33 da referida lei<sup>292</sup>.

Com o NCPP, estes prazos serão unificados, fixando-se o prazo de 15 (quinze) dias para ambas as hipóteses – MS e HC –, de modo que traz melhor

<sup>291</sup> “Art. 30 - O recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, das decisões denegatórias de Habeas Corpus, proferidas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, será interposto **no prazo de cinco dias**, com as razões do pedido de reforma.”

<sup>292</sup> “Art. 33 - O recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, das decisões denegatórias de mandado de segurança, proferidas em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Estados e do Distrito Federal, será interposto **no prazo de quinze dias**, com as razões do pedido de reforma.”

sistematização e tratamento para hipóteses semelhantes. Assim consta do art. 527 do NCPP:

Art. 527. Caberá recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça das decisões denegatórias de habeas corpus e de mandado de segurança, nos próprios autos, quando proferidas em única ou última instância pelos tribunais, **no prazo de quinze dias.**

O mesmo ocorre com o **ROC em habeas corpus para o STF**, cujo prazo atualmente é, de acordo com o art. 310 do Regimento Interno da Suprema Corte, de 5 (cinco) dias, que passará a ser de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 528<sup>293</sup> do projeto do NCPP. De mais a mais, no que tange ao **ROC em mandado de segurança no STF**, diante de lacuna legal, aplica-se, atualmente, as mesmas regras procedimentais aplicáveis ao ROC no STJ, de modo que o prazo para sua interposição atualmente é de 15 (quinze) dias (art. 33, Lei nº8.038/90).

Atualmente o procedimento de RO em HC no STJ possui previsão de **juízo de admissibilidade** recursal na instância *a quo*, conforme ensina Mougenot (pág. 1204):

No atinente ao recurso contra a denegação de habeas corpus, versam sobre o procedimento os arts. 30 a 32 da mencionada lei, complementados pelos arts. 244 a 246 do RISTJ. O recurso será interposto no prazo de 5 dias, juntamente com as razões do pedido de reforma, perante o presidente do tribunal que denegou a ordem. **Este faz o primeiro juízo de admissibilidade do recurso**, e, se não conhecê-lo, cabe agravo de instrumento analogicamente, segundo a jurisprudência.

O recurso ordinário do mandado de segurança, por conseguinte, terá o procedimento fixado nos arts. 33 a 35 da lei referendada, complementados pelos arts. 247 e 248 do RISTJ. O rito recursal será semelhante ao do recurso ordinário de habeas corpus, com as seguintes distinções:

a) os prazos são diferenciados: para a interposição do recurso é de 15 dias, e para a vista do Ministério Público é de 5 dias, uma vez que o mandado de segurança é ação

<sup>293</sup> “Art. 528. Caberá recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal das decisões denegatórias de habeas corpus e de mandado de segurança originários do Superior Tribunal de Justiça, nos próprios autos, no prazo de quinze dias.”

de natureza civil, ainda que utilizado na esfera penal;  
b) no tocante à admissibilidade do recurso e o procedimento no tribunal recorrido, aplicam-se as regras referentes à apelação constantes no NCPC (arts. 1.009 a 1.014).

Em relação ao RO em HC e em MS no STF, leciona Mougenot (pág. 1205):

O recurso ordinário de decisão denegatória de habeas corpus tem previsão nos arts. 310 a 312 do RISTF, seguindo o mesmo trâmite procedimental do recurso dirigido ao STJ em relação à denegação de habeas corpus. Ao recurso de denegação de mandado de segurança, por falta de expressa disposição legal, aplicam-se as mesmas regras do recurso ordinário endereçado ao STJ, na hipótese referente ao idêntico remédio constitucional.

Conforme se vê das transcrições supradescritas, atualmente o recurso ordinário constitucional deve ser apresentado perante o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, que faz um juízo de admissibilidade recursal. Todavia, com a previsão do art. 529, §1º, do projeto do NCPP<sup>294</sup>, **o legislador suprimirá esse juízo de admissibilidade** para que o recurso seja remetido ao tribunal superior independentemente de qualquer juízo pelo tribunal de origem.

Dessa forma, prestigia-se a liberdade de locomoção ao determinar a subida do recurso ordinário independentemente de juízo de admissibilidade no juízo *a quo*, tendo em vista as hipóteses de cabimento deste recurso em matéria criminal (decisões denegatórias de ordens de HC ou MS).

Com esta previsão, a jurisprudência terá que decidir se continuará aceitando **HC originário** nas hipóteses de indeferimento de HC nos tribunais de origem, como **substituto recursal** ou se, com esta garantia em prol dos investigados/acusados, tornar-se-á inadmissível *writ* utilizado como substituto de recursal interposto diretamente no tribunal superior em face de decisões denegatórias de HC ou MS.

A aludida previsão, que dispensa de juízo de admissibilidade recursal para o recurso ordinário constitucional no tribunal de origem, pode ser interpretada como uma reação legislativa à jurisprudência defensiva dos tribunais na admissão de recursos.

<sup>294</sup> “Art. 529. [...]”

1º Findo o prazo referido no caput, os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior, **independentemente de juízo de admissibilidade.**”

## 4 DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

No atual e vigente código de processo penal a previsão de recursos extraordinários se limita a dois artigos, quais sejam: os arts. 637 e 638. Por força do art. 3º do CPP atual, aplicam-se subsidiariamente as disposições do código de processo civil no que tange ao tema. Assim, atualmente, toda disciplina dos recursos especial e extraordinário se encontra no CPC/2015.

Com o projeto do novo código de processo penal, este trará ampla regulamentação destes recursos no âmbito criminal, sem prejuízo da aplicação subsidiária do CPC/2015 naquilo que for omissivo.

Da leitura dos dispositivos constantes do Projeto de Lei nº 8.045/10, chama a atenção a presença de disposições que exigem a demonstração, por parte do tribunal recorrido, de distinção, *distinguish*, nas hipóteses de inadmissão de recursos extraordinário e/ou especial, como é o caso do art. 532<sup>295</sup>, §2º, do referido projeto de lei.

Chama a atenção à medida que, de um lado, o novo código de processo civil tem por objetivo o fortalecimento da jurisprudência dos tribunais, com a formação e a observância de precedentes jurisprudenciais, de outro lado, nota-se também a preocupação do legislador com a qualidade da fundamentação das decisões judiciais, de forma a permitir o controle destas decisões do poder judiciário no âmbito da dialética inerente à linguagem processual, permeada pelo confronto contraditório de ideias, posições e argumentos.

Outrossim, as disposições contidas nos arts. 532 a 539 no projeto do NCPP, que tratam dos multicitados recursos especial e extraordinário, são praticamente idênticas às contidas nos arts. 1.029 a 1.042 do CPC/2015.

Registre-se, ainda, a previsão, no projeto do NCPP, contida no art. 539, de recurso de agravo em face de decisão de presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou especial – agravo em recurso extraordinário e em recurso especial -, previsão essa idêntica à contida no CPC/2015 (art. 1.042, CPC/2015).

---

<sup>295</sup> “Art. 532 O recurso extraordinário e o recurso especial, nas hipóteses previstas na Constituição, poderão ser interpostos, no prazo de quinze dias, perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:  
[...]

1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial sobre lei federal, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente ou, ainda, mediante a reprodução do julgado disponível na rede mundial de computadores com a indicação da respectiva fonte, demonstrando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

2º Na hipótese do parágrafo anterior, é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção.”

Em resumo, a inovação do projeto do NCPP está na previsão expressa desses recursos no próprio CPP, o que antes era muito sucinto – apenas dois artigos. Todavia, a regulamentação do CPC/2015 continuará sendo aplicável ao processo penal, conforme já vem sendo realizado, seja por disposição expressa do projeto do NCPP, seja por aplicação supletiva e necessária, pois aquele é mais específico e completo na regulamentação procedimental desses recursos.

## **5 DO AGRAVO INTERNO**

O projeto do NCPP traz previsão de cabimento do agravo interno das decisões do relator para o órgão colegiado – art. 540 do projeto do NCPP.

Trata-se de reprodução do art. 1.021 do CPC/2015, que já vem sendo aplicado supletivamente pela jurisprudência ao processo penal.

A única diferença entre o art. 540 do projeto do NCPP e o art. 1.021 do CPC/2015 está na ausência de previsão, no primeiro, de multa em casos em que o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime pelo órgão colegiado, bem como na ausência da exigência de depósito prévio do valor da referida multa como condição para a interposição de qualquer outro recurso, tal como ocorre no CPC/2015 – §4º e §5º do art. 1.021.

Considerando a finalidade do processo penal, que possui o viés de garantia aos direitos dos investigados e acusados, e os bens jurídicos envolvidos – especialmente a liberdade de locomoção -, em homenagem ao direito à ampla defesa, que gera influxos e reflexos no processo, preferiu o legislador não incluir a possibilidade de multa e o recolhimento desta uma condição para a interposição de outros recursos.

Agiu bem o legislador neste aspecto, porquanto o processo penal tem suas próprias vicissitudes que o diferencia do processo civil, principalmente em razão do direito material instrumentado por cada um desses ramos do direito processual. Seria temerário e inconstitucional, por ofensa à ampla defesa e à plenitude de defesa, neste último caso nos processos do Tribunal do Júri, a inserção da aludida multa no processo penal em casos de agravo interno inadmitido pelo órgão colegiado.

## **6 DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA**

O recurso de embargos de divergência possuía previsão no art. 29 da Lei nº 8.038/90<sup>296</sup>, contudo este dispositivo foi revogado pelo CPC/2015, que

---

<sup>296</sup> Art. 29 - É embargável, no prazo de quinze dias, a decisão da turma que, em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, observando-se

passou a tratar deste recurso em seus art. 1.043 e 1.044<sup>297</sup>. Há, ainda, previsão do recurso de embargos de divergência no art. 330<sup>298</sup> do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no art. 266<sup>299</sup> do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se de recurso cabível em face de decisão de órgão fracionário que, em recurso extraordinário ou especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, seja entre acórdãos de mérito ou entre um acórdão de mérito e outro que, conquanto não tenha conhecido do recurso, tenha apreciado a controvérsia.

---

o procedimento estabelecido no regimento interno. (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015) (Vigência)

<sup>297</sup> Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito;

III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;

§ 1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária.

§ 2º A divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual.

§ 3º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros.

§ 4º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

Art. 1.044. No recurso de embargos de divergência, será observado o procedimento estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal superior.

§ 1º A interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes.

§ 2º Se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação.

<sup>298</sup> Art. 330. Cabem embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal.

<sup>299</sup> Art. 266. Das decisões da Turma, em recurso especial, poderão, em quinze dias, ser interpostos embargos de divergência, que serão julgados pela Seção competente, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, competirá a esta o julgamento dos embargos.



É de suma importância o recurso de embargos de divergência no processo penal, tendo em vista a necessidade e o ideal de uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores (STF e STJ) na interpretação do direito federal e da constituição, especialmente diante dos influxos e efeitos do sistema de precedentes instituído e objetivado pelo CPC/2015, vale dizer, utilizando-se as palavras de Marinone (2017, p. 424):

Na lógica de uma corte de interpretação e de precedentes, os embargos de divergência não podem ser vistos como instrumento que se presta a simplesmente fazer prevalecer uma das decisões divergentes de acordo com a maioria episódica dos membros de um determinado colegiado. Isso porque essas decisões divergentes não são espelhos de aplicações diferentes de uma mesma lei, uma correta e outra errada, de modo a ter os embargos de divergência o objetivo de definir a interpretação correta ou exata da lei para o caso concreto – como era próprio à lógica das cortes de controle e de jurisprudência. Decisões divergentes, em uma corte de interpretação e de precedentes, atribuem significados ao direito a partir de valorações e, nessa perspectiva, não podem ser compreendidas com base na lógica do “certo -errado”. A divergência decorre, em regra, de opções valorativas, diretivas interpretativas e, muitas vezes, de diferentes opções teóricas, ideológicas ou dogmáticas, o que fecha qualquer espaço para que se possa cogitar de uma decisão que se aproxime do verdadeiro ou falso.

[...]

Isso quer dizer que os embargos de divergência só terão sentido a partir do momento em que houver reconstrução discursiva dos casos e decisões interpretativas que suportam as decisões divergentes, tendo o colegiado o dever de analisar as diferentes interpretações refazendo o percurso justificativo de ambas. Os embargos de divergência não constituem o palco em que o discurso interpretativo tem início, mas sim o palco de sua reconstrução. Decisões divergentes abrem oportunidade para que as diferentes justificativas sejam comparadas a fim de que se defina qual é a que encontra maior suporte na ordem jurídica.

É a partir dessas balizas que o art. 1.043 do novo Código deve ser lido. Quando esse dispositivo arrola as hipóteses

de cabimento dos embargos de divergência, o que está por detrás dessa previsão é a viabilização de uma oportunidade de debate institucional para que uma determinada questão constitucional ou federal possa ser definida pela corte responsável em dar a última palavra a respeito de significado do direito para toda a administração da Justiça Civil.

Nesse vértice, presta-se o recurso de embargos de divergência para uniformizar a jurisprudência do STF e do STJ acerca da legislação federal e da constituição, revisitando valores e fundamentos jurídicos que subsidiaram as decisões conflitantes e divergentes, a fim de uniformizar e adotar aquela que estiver mais adequada ao ordenamento jurídico e ao contexto político, social e econômico do momento.

O art. 541, §3º, do projeto do NCPP, reproduzindo o teor do art. 1.043, §3º, do CPC/2015, cristaliza o entendimento que já vinha sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao cabimento de embargos de divergência entre julgados de uma mesma turma quando há alteração na sua composição. Nesse sentido, o Ex-Ministro do STJ Athos Gusmão Carneiro<sup>300</sup>:

O Supremo Tribunal Federal veio a considerar que sim, havendo precedentes “no sentido do cabimento dos embargos ainda quando o dissídio se verifique entre acórdãos da mesma Turma, caso haja variado a respectiva composição, e notadamente a da maioria vitoriosa, de um para outro julgamento” (Barbosa Moreira, ob. cit., n. 337, p. 608 e nota de rodapé n. 81); caso “diferentes os julgadores que haja constituído a maioria vencedora em cada um dos casos em confronto” (Nelson Luiz Pinto, Manual dos Recursos Cíveis, Ed. Malheiros, 2. ed., p. 238).

Inicialmente havia entendimento no STJ de que não caberiam embargos de divergência em face de acórdãos proferidos pela mesma turma<sup>301</sup>. Tal restrição

<sup>300</sup> <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/EJur/article/viewFile/3736/3857>. Acesso em: 21 jan. 2020.

<sup>301</sup> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – ACÓRDÃO PARADIGMA ORIUNDO DA MESMA TURMA JULGADORA SE MOSTRA INSERVÍVEL PARA CARACTERIZAR A DIVERGÊNCIA (ART. 266 DO RISTJ) – EMBARGOS LIMINARMENTE INDEFERIDOS (ART. 266, § 3º DO RISTJ).

Trata-se de embargos de divergência interpostos em face de acórdão proferido pela Primeira Turma, de relatoria do Ministro Luiz Fux:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE

DE LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. REDE DE TELEVISÃO. TRANSMISSÃO DE EVENTO ESPORTIVO. VERIFICAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE DA CONTRATADA. IMPOSSIBILIDADE EM INSTÂNCIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 07/STJ. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DO PREFEITO DO MUNICÍPIO. ATO PRATICADO POR SUBORDINADO LEGITIMADO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

[...]

Advirto que precedente oriundo da mesma Turma Julgadora do acórdão embargado não se presta para configurar a divergência, a teor do art. 266 do RISTJ. Nesse sentido: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO.

- O confronto de acórdãos formados em uma mesma Turma não enseja a oposição de embargos de divergência (RISTJ, Art. 266).

- Não cabem embargos de divergência opostos contra acórdão que não conheceu de recurso especial, por incidência da Súmula 7, quando o acórdão paradigmático, trazido a confronto, apreciou o mérito da questão.

- Nega-se provimento a agravo regimental que repete tese já examinada e decidida quando do exame da admissibilidade dos embargos de divergência.

(AgRg nos EREsp 434.491/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 20.04.2005, DJ 09.05.2005 p. 285) TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FINSOCIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-CARACTERIZADO. DISSENSO ENTRE JULGADOS DA MESMA TURMA E COM DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA POR MINISTRO RELATOR. NÃO-CABIMENTO.

1. Os embargos de divergência não se prestam para pacificar divergência interna de Turma ou Seção, mas, sim, para unificar divergência jurisprudencial estabelecida entre órgãos diversos do Superior Tribunal de Justiça. 2. Decisão monocrática exarada pelo Ministro relator (art. 557 do CPC) não se presta para caracterizar divergência (art. 266 do RISTJ).

3. Não há por que falar em dissenso jurisprudencial quando os arestos paradigmas decidem na mesma linha do entendimento exarado no acórdão recorrido.

4. Embargos de divergência não-conhecidos.

(EREsp 422.704/BA, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14.09.2005, DJ 10.10.2005 p. 210) PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃOS ORIGINÁRIOS DA MESMA TURMA JULGADORA. ART. 266 DO RISTJ. PRECEDENTES. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos.

II - Consoante entendimento da Eg. Corte Especial e desta Eg. Terceira Seção, ante a falta de amparo legal, não é possível o exame de embargos de divergência fundados em acórdãos proferidos por uma mesma Turma, ainda que modificada a sua composição. Precedentes.

III - É inviável o prequestionamento de matéria constitucional em sede de embargos de divergência em recurso especial em respeito à competência delineada pela Constituição, ao designar o Supremo Tribunal Federal como seu guardião. Neste contexto, a pretensão trazida no presente recurso exorbita os limites normativos do especial, que estão precisamente delineados no art. 105, III da Constituição Federal.

IV - O julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, competindo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto, como ocorreu in casu, não havendo qualquer

encontrava reforço na súmula 168 da Corte Especial, que diz não caber embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado, demonstrando a postura defensiva da jurisprudência daquela corte na admissibilidade deste recurso de embargos infringentes.

Entretanto, com a vigência do CPC/2015 a posição que defendia a inadmissibilidade do multicitado recurso perdeu força, gerando inclusive a alteração do art. 266, §3º<sup>302</sup>, do Regimento Interno do STJ, para passar a admiti-lo nas hipóteses de dissídio entre decisões de uma mesma turma quando alterada a sua composição em mais da metade de seus membros.

Por fim, o art. 542<sup>303</sup>, §2º, do projeto do NCPP, introduz diretamente na lei processual penal o que antes já era aplicável por força da incidência supletiva do CPC/2015 ao processo penal, porquanto a regra trazida pelo referido dispositivo reproduz o teor do art. 1.044, §2º, do CPC/2015, ao estabelecer que o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processo e julgado independentemente de ratificação quando estes forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior.

## 7 DO PROCESSO E JULGAMENTO DOS RECURSOS NOS TRIBUNAIS

As regras atinentes ao processo e julgamento dos recursos nos tribunais no atual código de processo penal encontram-se esparsas nos capítulos que preveem o cabimento e a regulamentação do procedimento de cada um dos recursos. Além disto, no capítulo V do Título II do CPP atual há previsão

---

omissão ou obscuridade no julgado embargado.

V - Inviável a utilização dos embargos de declaração, sob a alegação de pretensa omissão, quando a pretensão almeja – em verdade – reapreciar o julgado, objetivando a alteração do conteúdo meritório da decisão embargada.

VI - Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EREsp 254.949/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25.05.2005, DJ 08.06.2005 p. 148).

Com estas considerações, nos termos do art. 266, § 3º do RISTJ, liminarmente, INDEFIRO OS EMBARGOS.

Brasília-DF, 03 de fevereiro de 2006.

MINISTRA ELIANA CALMON

Relatora

(Ministra ELIANA CALMON, 13/02/2006)

<sup>302</sup> § 3º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for do mesmo Órgão Fracionário que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros.

<sup>303</sup> 2º Se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação.

expressa de regras específicas apenas acerca do processo e julgamento dos recursos em sentido estrito e das apelações – art. 609 a 618 do CPP.

Todavia, apesar da importância das aludidas regras insculpidas nos dispositivos supracitados, suas disposições são extremamente sucintas e escassas, de modo que a aplicação supletiva da legislação processual civil se faz inafastável e necessária.

O projeto do NCPP traz regras de processo e julgamento dos recursos nos Tribunais em seu capítulo X, nos arts. 543 a 551. E, embora haja entre os dispositivos do projeto regras idênticas às existentes no CPC/2015, o legislador ainda foi muito lacônico e básico no que tange às regras de processo e julgamento dos recursos nos Tribunais, de modo que, ineludivelmente, a legislação processual civil continuará sendo a principal fonte legal de regras sobre processo e julgamento dos recursos nos tribunais, naquilo que não conflitar com as disposições expressas do projeto do NCPP, além, é claro, das normas de organização judiciária e dos regimentos internos dos tribunais.

## **8 CONCLUSÃO**

Em síntese, percebe-se das disposições analisadas no presente trabalho o reflexo da tensão política, social e econômica que permeia o contexto fático-histórico em que tramita o Projeto de Lei nº 8.045/2010, vale dizer: nota-se, dos dispositivos contidos no projeto do NCPP, uma reação legislativa do Poder Legislativo face aos últimos acontecimentos no sistema de justiça criminal da história recente do Brasil, especialmente no campo político e jurídico, em que tencionam correntes de ideias que, de um lado, defendem o irrestrito e inafastável respeito aos direitos constitucionais dos investigados e acusados da prática de crimes, com a criação de mecanismos que assegurem e fortaleçam os direitos processuais desses indivíduos, e, de outro lado, uma corrente de pensamento que defende o enrijecimento das regras de combate à criminalidade, especialmente a organizada e do colarinho branco, com a flexibilização de garantias processuais em prol da investigação e da punição eficiente dos delitos.

Regras que fortaleçam as garantias constitucionais e processuais dos acusados e investigados, em um Estado Democrático de Direito, são sempre necessárias e imprescindíveis à formação e concretização de um direito justo.

Por outro lado, considerando o caráter abstrato e genérico das regras legais, embora haja esforço do legislador, serão sempre insuficientes para prever todas as hipóteses da vida prática e não podem perder o seu norte substantivo, que é a regulação da vida em sociedade com vistas ao atingimento do escopo da justiça – a pacificação social-, vale dizer: o direito não pode

desgarrar dos fatos da vida, com todas as suas vicissitudes e idiossincrasias inerentes ao ser humano e às suas organizações.

Um direito processual que não funciona, que não tem eficiência prática para regular comportamentos, especialmente diante da modernidade tecnológica empregada na prática de delitos, gera mais insegurança jurídica do que o contrário, ainda que suas regras visem-a. Aliás, a segurança jurídica não pode ser um fim em si mesmo na construção de um direito penal justo e eficiente, sobretudo porque o processo penal não pode de vista a sua finalidade de concretizar o *jus puniendi* pelo seu titular, o Estado, como forma de pacificação social, e mesmo de justiça com a concretização dos fins da pena.

Os artigos do projeto do NCPP trazem mais segurança jurídica ao processo penal à medida que incorporam no texto da lei processual penal, se aprovada e sancionada, disposições legais que até o presente momento exigem um papel ativo e uma postura de aceitação do órgão judiciário julgador para aplicar subsidiariamente as disposições do CPC/2015 em casos de lacunas da lei processual penal. Além disso, os novos dispositivos legais constantes do projeto irão cristalizar entendimentos já consagrados pela jurisprudência e elevados ao *status* de lei pelo CPC/2015, que, a partir da aprovação do projeto, irão fazer parte da legislação processual penal codificada.

Portanto, embora o legislador pudesse ter sido mais ousado e exaustivo em alguns pontos analisados neste trabalho, as mudanças propostas na lei processual penal com a introdução do NCPP trarão segurança jurídica e sofisticação ao sistema de justiça criminal à medida que incorpora entendimentos já sedimentados dos tribunais superiores e supre lacunas até então existentes no processo penal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de setembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 02 abril. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 21 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 21 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Acesso em: 21 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. **Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm). Acesso em: 21 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/581/3970>. Acesso em: 21 jan. 2020.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do Recurso de Embargos de Divergência no Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/EJur/article/viewFile/3736/3857>. Acesso em: 02 abr. 2019.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de Processo Penal / Edilson Mougenot.** - 13. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima** – 6. ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero.** – 3. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.



## DO PROCEDIMENTO NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA

Fábio Adalberto Cardoso de Morais<sup>304</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa compor o projeto para comentários do Projeto de Lei (PL) Substitutivo do Código de Processo Penal (CPP), de forma a ressaltar pontos positivos e apontar pontos negativos, analisando o Projeto de Lei de forma sistemática.

**Palavras-chave:** Processo penal – Procedimento – Ação penal originária.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Do procedimento na ação penal originária. 3. Conclusão. 4. Referências.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao longo da vigência do regime democrático de direito no Brasil, com o passar dos anos e alternância de ideologias no comando dos Poderes Executivo e Legislativo Federal, possibilitou-se uma singela constatação acerca do processo de criação de leis (especialmente penais e processuais penais): os paradigmas até então existentes no início do século XX mostraram-se desgastados, insuficientes para as necessidades e anseios que surgiam em velocidade muito superior à capacidade de resposta estatal.

A título de exemplo, a partir da década de 90 deparou-se com o fenômeno da especialização da violência. Até 1990 a violência em geral estava prevista no Código Penal (CP). Passou-se a especificar alguns casos de violência, dando-se tratamento próprio por leis esparsas, tais como a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA); Lei n. 8.072/90 (Crimes Hediondos); Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC); Lei n. 8.137/90 (Crimes contra a ordem econômica); Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais); Lei n. 9.455/97 (Tortura); Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro - CTB); Lei n. 9.605/97 (Crimes Ambientais); Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso); Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha); entre outras.

E o sentido inverso também é verdadeiro, pois Códigos passaram a ser alterados quase que semanalmente por leis esparsas.

Chega-se, neste ponto, ao propósito do tema em desate: o procedimento da ação penal originária dos Tribunais não está previsto no atual Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941),

---

<sup>304</sup> Promotor de Justiça do MPMS. Especialista em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Ciências Criminais pela Uniderp.

mas em duas leis avulsas: a Lei n. 8.038/90 (artigos 1º a 12), que dispõe sobre normas procedimentais para os processos perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), e a Lei n. 8.658/93, que dispõe sobre a aplicação, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, das normas da Lei n. 8.038/90.

O Projeto de Lei Substitutivo do Código de Processo Penal internalizou o referido procedimento, buscando adequá-lo à estrutura atual do processo penal, bem como às novidades sugeridas ao longo de seu corpo.

## 2 DO PROCEDIMENTO NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA

Importante rememorar, de início, que ao se levantar o tema do procedimento na ação penal originária, está-se a tratar particularmente de uma das espécies de competência processual penal, qual seja, a competência *ratione personae* (ou *ratione functionae*), isto é, a competência por prerrogativa de função.

A competência por prerrogativa de função consiste no direito que certas autoridades têm de serem julgadas originariamente pelos seus Tribunais (como exemplo, a que permite que os promotores de justiça sejam julgados pelos respectivos Tribunais de Justiça, não pelo juiz de primeiro grau).

Não se pretende nesta breve explanação discutir as diversas inquietações jurídicas que circundam referida competência, tal como quais autoridades possuiriam a prerrogativa de serem julgadas pelos respectivos Tribunais, bem como quais seriam os Tribunais responsáveis pelo julgamento. Basta, nesse momento, compreender que é nesse contexto de competência que se insere o procedimento na ação penal originária.

Como anteriormente abordado, o procedimento da ação penal originária dos Tribunais não está previsto no atual Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941), mas em duas leis avulsas: a Lei n. 8.038/90 (artigos 1º a 12), que dispõe sobre normas procedimentais para os processos perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), e a Lei n. 8.658/93, que dispõe sobre a aplicação, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, das normas da Lei n. 8.038/90.

Uma breve leitura do Projeto de Lei Substitutivo do Código de Processo Penal, neste capítulo, apontará para reprodução parcial do procedimento previsto pela Lei n. 8.038/90, com os ajustes necessários para torná-lo em consonância com as disposições gerais do próprio Código de Processo Penal em elaboração.

Inicia-se a análise da proposição trazida pelo Projeto de Lei Substitutivo do Código de Processo Penal.

Art. 344. Nas ações penais de competência originária, o procedimento nos tribunais obedecerá às disposições gerais previstas neste Código e no respectivo regimento interno e, especialmente, o seguinte:

I - as funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator;

II - o Ministério Público terá o prazo de quinze dias para se manifestar sobre os elementos informativos colhidos na investigação preliminar; se o réu estiver preso, o prazo será de cinco dias;

III - a peça acusatória observará as disposições previstas neste Código, relativamente aos requisitos formais estabelecidos no Capítulo do Procedimento Ordinário.

O caput do art. 344 traz a ideia já existente na Lei n. 8.038/90<sup>305</sup> (e presente em outros diplomas legais, tal como o Novo Código de Processo Civil), segundo a qual as disposições gerais do próprio Código de Processo Penal serão complementadas pelos Regimentos Internos dos respectivos Tribunais (lembrando que a própria Constituição Federal<sup>306</sup> prevê a competência privativa dos Tribunais para elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispendo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos).

O inciso I do art. 344 inova com a figura do “juiz das garantias”, absolutamente nova no cenário processual penal brasileiro e, neste tocante, não é objetivo deste artigo discutir qualquer aspecto de sua possível criação, mas apenas tratá-la como virtualmente existente, para entender o motivo de sua inserção no procedimento da ação penal originária.

---

<sup>305</sup> Art. 2º - O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal.

Art. 9º - A instrução obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do Código de Processo Penal.

Art. 12 - Finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno, observando-se o seguinte:

<sup>306</sup> Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispendo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Ao que transparece, referido inciso delimitou que as funções do juiz das garantias sejam exercidas por um membro do Tribunal, mas tal redação possibilita que seja por um desembargador ou um juiz substituto de segundo grau, a depender da denominação do cargo nos diversos Tribunais pátrios.

Além disso, veda a atuação do juiz das garantias apenas como relator na ação penal originária. Por um lado, entende-se que o legislador busca afastar aquele julgador que foi “contaminado” pela atuação no procedimento investigatório prévio à propositura da ação penal, impedindo-o de atuar como relator. Entretanto, não impede que aquele mesmo membro do Tribunal que atuou como juiz das garantias, também atue no julgamento colegiado da própria ação, seja na deliberação sobre o recebimento da denúncia ou queixa, seja no julgamento do próprio mérito final, o que se mostra totalmente contraditório.

O inciso II do art. 344, de forma mais sucinta que a Lei n. 8.038/90<sup>307</sup>, trata do prazo para o Ministério Público agir a partir do momento que, em tese, é encerrada a colheita dos elementos informativos na investigação preliminar. Não há qualquer mudança substancial em comparação ao previsto atualmente pela referida lei e pelo atual Código de Processo Penal.

Porsua vez, o inciso III do art. 344, embora não encontre correspondência na Lei n. 8.038/90, afirma que a peça acusatória deverá observar as disposições do Projeto no que pertine aos requisitos formais do Procedimento Ordinário. Certamente, algo desnecessário, porquanto qualquer peça acusatória está atrelada ao atendimento dos vários requisitos legais para seu recebimento.

Art. 345. Compete ao relator determinar a citação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias, aplicando-se, no que couber, as demais disposições do procedimento ordinário sobre a matéria.

§ 1º Com o mandado, serão entregues ao acusado cópia da denúncia ou da queixa, do despacho do relator e dos documentos por estes indicados.

§ 2º Aplicam-se as disposições sobre citação por hora certa e por edital.

<sup>307</sup> Art. 1º - Nos crimes de ação penal pública, o Ministério Público terá o prazo de quinze dias para oferecer denúncia ou pedir arquivamento do inquérito ou das peças informativas.

§ 1º - Diligências complementares poderão ser deferidas pelo relator, com interrupção do prazo deste artigo.

§ 2º - Se o indiciado estiver preso:

a) o prazo para oferecimento da denúncia será de cinco dias;

b) as diligências complementares não interromperão o prazo, salvo se o relator, ao deferi-las, determinar o relaxamento da prisão.

A partir deste artigo o Projeto de lei inicia uma sutil mudança em relação ao procedimento hoje previsto pela Lei n. 8.038/90, mudança esta que ficará em maior evidência nos próximos artigos a serem comentados.

O caput do art. 345, sutilmente, altera a previsão da Lei n. 8.038/90<sup>308</sup>, ao determinar que o relator determinará a “citação” (não mais “notificação”) do acusado para oferecer resposta no prazo de 15 dias. Porém, a grande importância (não da nova redação do Projeto de Lei, mas do procedimento que já era previsto pela Lei n. 8.038/90) reside no fato de que, no procedimento da ação penal originária, transportou-se esta previsão para que o acusado se manifeste antes do recebimento da peça acusatória, como forma de se evitar a instauração de lides temerárias.

Acerca dessa possibilidade, já havia se manifestado Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 492), ao comentar a Lei n. 8.038/90:

Dentre suas peculiaridades, estabelece o art. 4º que, apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de 15 (quinze) dias. Tem-se aí a denominada defesa preliminar, oportunidade que é dada ao acusado de se manifestar antes do recebimento da peça acusatória pelo Tribunal, evitando-se a instauração de lides temerárias.

A importância é tamanha, que o Projeto de Lei passou a adotar no próprio procedimento ordinário essa técnica, permitindo que a defesa se manifeste antes mesmo do recebimento da peça acusatória (artigos 298, caput e 299, caput).

Quanto aos parágrafos primeiro e segundo do art. 345, houve praticamente a reprodução da lei n. 8.038/90, apenas referindo-se diretamente à citação por hora certa e edital, mostrando-se desnecessários maiores comentários.

Art. 346. Apresentada a resposta, o relator designará dia para que o tribunal delibere sobre o recebimento da denúncia ou da queixa, se não for o caso de extinção

---

<sup>308</sup> Art. 4º - Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias.

§ 1º - Com a notificação, serão entregues ao acusado cópia da denúncia ou da queixa, do despacho do relator e dos documentos por estes indicados.

§ 2º - Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se este criar dificuldades para que o oficial cumpra a diligência, proceder-se-á a sua notificação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para que compareça ao Tribunal, em cinco dias, onde terá vista dos autos pelo prazo de quinze dias, a fim de apresentar a resposta prevista neste artigo.

da punibilidade ou de absolvição sumária, quando tais questões não dependerem de prova, nos limites e termos em que narrada a peça acusatória.

§ 1º No julgamento de que trata este artigo, será facultada sustentação oral pelo prazo de quinze minutos, primeiro à acusação, depois à defesa.

§ 2º Encerrados os debates, o tribunal decidirá por maioria, prevalecendo a decisão mais favorável ao acusado em caso de empate.

O passo seguinte à apresentação da resposta à acusação pelo acusado, no procedimento da ação penal originária, não sofreu significativa alteração em comparação ao que já era previsto pela Lei n. 8.038/90<sup>309</sup>.

Um equívoco técnico (sem maiores consequências práticas) ocorreu no caput do art. 346, ao afirmar que “o relator designará dia para que o tribunal delibere” (enquanto a Lei n. 8.038/90 utilizava-se da expressão “pedirá dia”). Sabe-se que os julgamentos nos Tribunais, justamente por serem colegiados, ocorrem em dias predeterminados e fixos (excepcionalmente sessões extraordinárias convocadas pelo Presidente da Câmara ou Turma), revelando-se inviável a designação de dia para julgamento pelo relator, quando, na verdade, este enviará o processo à seção competente, com pedido de inclusão em pauta para a data mais próxima.

Ademais, o mesmo caput aponta as possibilidades de deliberação acerca da peça acusatória: recebimento ou não, extinção da punibilidade (hipóteses do artigo 107, do Código Penal) e absolvição sumária.

Nesta última hipótese (absolvição sumária), entende-se que a técnica redacional correta seria “quando tais questões prescindirem da fase de instrução”, para acompanhar a redação proposta no art. 300, caput, do Projeto de Lei, tratando justamente das causas de absolvição sumária.

O parágrafo primeiro repete a redação da Lei n. 8.038/90, conferindo a possibilidade de sustentação oral, pela acusação seguida da defesa, no prazo de 15 minutos cada.

Finalmente, o parágrafo segundo traz a desnecessária afirmação de que “o tribunal decidirá por maioria”, porquanto é pressuposto da organização

<sup>309</sup> Art. 6º - A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.

§ 1º - No julgamento de que trata este artigo, será facultada sustentação oral pelo prazo de quinze minutos, primeiro à acusação, depois à defesa.

§ 2º - Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar, determinando o Presidente as pessoas que poderão permanecer no recinto, observado o disposto no inciso II do art. 12 desta lei.

de um colegiado que prevaleça a decisão da maioria. Até mesmo porque soaria ao ridículo a interpretação de que a decisão devesse ser por unanimidade. Além disso, este mesmo parágrafo traz a ideia dos recursos e *habeas corpus* já existente no atual Código de Processo Penal, bem como assentada na jurisprudência, de que em caso de empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao acusado.

Art. 347. Recebida a peça acusatória, o relator poderá determinar a expedição de carta de ordem para a instrução do processo, que obedecerá, no que couber, ao previsto para o procedimento ordinário.

§ 1º O interrogatório do acusado poderá ser realizado diretamente no tribunal, se assim o requerer a defesa, em dia e horário previamente designados.

§ 2º O relator ou o tribunal poderá, de ofício, determinar diligências para o esclarecimento de dúvidas sobre a prova produzida, vedada a iniciativa do magistrado na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

O caput do art. 347 é muito semelhante (aqui incluindo seu parágrafo primeiro) à redação dos dispositivos pertinentes na Lei n. 8.038/90<sup>310</sup>.

A possibilidade de o relator determinar a expedição de carta de ordem para a instrução do processo é vista como medida salutar, uma vez que os Tribunais não foram moldados, em sua essência, para instruírem processos, mas para simplesmente julgarem. Logo, atos de instrução, por muitas vezes, serão mais apropriadamente realizados por juízes de primeira instância, com a estrutura física disponíveis nos fóruns.

A parte final do caput afirma que a instrução do processo, no que couber, obedecerá ao previsto para o procedimento ordinário (procedimento este que, como anteriormente explanado, adiantou a manifestação do acusado para antes do recebimento da peça acusatória).

Quanto ao parágrafo primeiro, há de se ter cuidado para não confundir sua ideia com a prerrogativa que algumas autoridades possuem, de escolher

---

<sup>310</sup> Art. 7º - Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso.

Art. 9º - [...]

§ 1º - O relator poderá delegar a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução ao juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem.

dia, hora e local para prestarem depoimento como testemunhas, tal como hoje prevê o artigo 221, do Código de Processo Penal<sup>311</sup>.

Trata-se de uma possibilidade para que o acusado seja interrogado diretamente perante o Tribunal ao qual compete seu julgamento. Merece atenção a parte final do citado dispositivo, ao afirmar que o interrogatório se dará “em dia e horário previamente designados”. A redação deixa dúvida se esse agendamento seria feito conforme a disponibilidade do próprio acusado. Entretanto, não parece ser essa a correta interpretação, pois, como anteriormente alertado, não há que se confundir a ideia trazida com a prerrogativa atualmente prevista no artigo 221, do Código de Processo Penal, uma vez que no Projeto de Lei está-se a tratar de uma autoridade na figura de acusada, não testemunha. Por conseguinte, entende-se como correta a interpretação de que o agendamento será feito pelo relator do processo no Tribunal, independentemente da vontade do acusado (estar-se-ia, da mesma forma, respeitando o desejo da autoridade em ser interrogada diretamente perante o Tribunal).

O parágrafo segundo do artigo 347 é, em parte, figura nova, não havendo correlação na Lei n. 8.038/90.

Ao afirmar que “O relator ou o tribunal poderá, de ofício, determinar diligências para o esclarecimento de dúvidas sobre a prova produzida”, o Projeto de Lei não traz qualquer novidade, uma vez que o atual Código de Processo Penal já permite ao magistrado (seja em primeiro grau ou nos Tribunais) determinar a realização de diligências para dirimir dúvidas.<sup>312</sup>

Na sequência, ao vedar a “iniciativa do magistrado na fase de investigação”, o dispositivo refere-se diretamente à figura do novo “juiz das garantias”, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal, impedindo-lhe a iniciativa probatória (veja-se que é diferente a determinação de diligências, para dirimir dúvidas surgidas nas provas que já foram produzidas, da pura iniciativa probatória).

<sup>311</sup> Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

<sup>312</sup> 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.

Art. 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.



Do mesmo modo, veda-se a “substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, impedindo que o magistrado (na fase de investigação ou na fase processual) atue tal como se espera a atuação daquele que acusa (o Ministério Público ou o querelante nas ações penais privadas).

Art. 348. Concluída a instrução, as partes poderão requerer diligências, no prazo de cinco dias, quando imprescindíveis para o esclarecimento de questões debatidas na fase probatória.

O artigo 348 altera previsão semelhante já existente sob a égide da Lei n. 8.038/90<sup>313</sup>.

Na referida Lei, falava-se na possibilidade de as partes requererem diligências após a inquirição de testemunhas, isso porque o rito então previsto originariamente adotava o interrogatório do acusado como primeiro ato da instrução processual (embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido, na Ação Penal n. 528, que o interrogatório devesse ser realizado ao final da instrução probatória, acompanhando a reforma processual trazida pela Lei n. 11.719/2008).

Falava-se, também, que acusação e defesa seriam intimadas para que apresentassem seus requerimentos de diligências no prazo de cinco dias.

Ao seu turno, a redação trazida pelo Projeto de Lei adequa seu conteúdo à reforma de 2008 (interrogatório como último ato da instrução), afirmando que os requerimentos serão apresentados após “concluída a instrução”. Ao mesmo tempo, delimita o requerimento de diligências para “o esclarecimento de questões debatidas na fase probatória”, isto é, vedando a inovação de teses e argumentos no processo.

Art. 349. Realizadas as diligências, ou não sendo estas requeridas nem determinadas pelo relator, serão intimadas a acusação e a defesa para, sucessivamente, apresentarem, no prazo de quinze dias, alegações finais escritas.

Não houve relevante modificação por meio do artigo 349, simplesmente modificando a expressão “alegações escritas”, contida na Lei n. 8.038/90<sup>314</sup>, para “alegações finais escritas”.

<sup>313</sup> Art. 10 - Concluída a inquirição de testemunhas, serão intimadas a acusação e a defesa, para requerimento de diligências no prazo de cinco dias.

<sup>314</sup> Art. 11 - Realizadas as diligências, ou não sendo estas requeridas nem determinadas pelo relator, serão intimadas a acusação e a defesa para, sucessivamente, apresentarem, no prazo de quinze dias, alegações escritas.

Na realidade, é o restante do Projeto de Lei, mais especificamente no Livro II (“Dos Processos e dos Procedimentos”), que alterou o prazo para apresentação de alegações finais escritas, alongando-o de cinco para quinze dias.

Art. 350. O tribunal procederá ao julgamento na forma determinada pelo regimento interno, observando-se o seguinte:

I - a acusação e a defesa terão, sucessivamente, nessa ordem, prazo de 1 hora para sustentação oral, assegurado ao assistente um quarto do tempo da acusação, prazo esse que, utilizado, será acrescido ao tempo da defesa;

II - encerrados os debates, o tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto às partes e seus advogados, ou somente a estes, conforme previsto no procedimento ordinário.

O caput do art. 350 inicia com a ideia já narrada, segundo a qual as disposições gerais do próprio Código de Processo Penal serão complementadas pelos Regimentos Internos dos respectivos Tribunais. Em termos gerais, o dispositivo e seus incisos repetem o conteúdo já disposto na Lei n. 8.038/90<sup>315</sup>, com modificações pontuais.

Por sua vez, o inciso I cuida de equilibrar a distribuição do tempo para que as partes exponham seus argumentos, por meio da sustentação oral, no julgamento do processo, permitindo que, em caso de utilização da palavra pelo assistente de acusação (quinze minutos), o mesmo tempo seja acrescido ao tempo da defesa. Certamente uma modificação que não trará prejuízo ao julgamento e possibilitará o pleno exercício do direito à ampla defesa.

Finalmente, o inciso II modificou a parte final do dispositivo que lhe era semelhante na Lei n. 8.038/90, substituindo a expressão “se o interesse público exigir” por “conforme previsto no procedimento ordinário”, ao tratar da possibilidade de limitação de presença nas sessões de julgamento. Entretanto, ao que transparece, ocorreu um erro técnico no Projeto de Lei, uma vez que neste mesmo Projeto não há qualquer menção ao assunto no Livro II (Do Processo e dos Procedimentos), Título II (Dos Procedimentos),

<sup>315</sup> Art. 12 - Finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno, observando-se o seguinte:

I - a acusação e a defesa terão, sucessivamente, nessa ordem, prazo de uma hora para sustentação oral, assegurado ao assistente um quarto do tempo da acusação;

II - encerrados os debates, o Tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público exigir.

Capítulo II (Do Procedimento Ordinário), sequer tratou-se da limitação de presença nas sessões de julgamento no Livro II (Do Processo e dos Procedimentos), Título V (Dos Recursos em Geral), Capítulo X (Do Processo e do Julgamento dos Recursos nos Tribunais). Ou seja, houve uma remissão a texto não existente, possibilitando que os Regimentos Internos dos Tribunais supram essa falha (caso não seja corrigida).

Quanto ao conteúdo em si deste dispositivo, é comum que sessões de julgamento sejam limitadas às partes e advogados, como, por exemplo, em casos que envolvam crianças e adolescentes como vítimas, mostrando-se necessário o resguardo do sigilo do processo, impedindo a presença de público externo. Da mesma forma, até mesmo a limitação de presença apenas ao advogado da parte é possível e comum, não existindo prejuízo à defesa do acusado (ou ao exercício de ação do querelante), como é o caso do julgamento no plenário do júri em que o acusado não se comporta de forma a permitir a ordem da sessão, sendo ordenada sua retirada pelo juiz presidente, mantendo-se seu defensor em plenário.

### **3 CONCLUSÃO**

Iniciou-se o artigo afirmando-se que o procedimento da ação penal originária dos Tribunais não está previsto no atual Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941), mas em duas leis avulsas: a Lei n. 8.038/90 (artigos 1º a 12), que dispõe sobre normas procedimentais para os processos perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), e a Lei n. 8.658/93, que dispõe sobre a aplicação, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, das normas da Lei n. 8.038/90.

Demonstrou-se que o Projeto de Lei Substitutivo do Código de Processo Penal internalizou o referido procedimento, buscando adequá-lo à estrutura atual do processo penal, bem como às novidades sugeridas ao longo de seu corpo.

Ponderou-se que poucas modificações foram realizadas em relação à Lei n. 8.038/90, algumas sem sentido, outras no sentido das novas implementações do Projeto de Lei.

Entretanto, fato é que por se tratar de um procedimento adotado no processamento e julgamento das ações penais nos Tribunais, há a necessidade de se permitir que os regimentos internos dos Tribunais complementem (em muitos pontos) o procedimento das ações penais originárias, sem que se possa criticar eventual omissão legislativa.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de setembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 02 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 02 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Acesso em: 02 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 8.045, de 22 de dezembro de 2010. **Trata do “Código de Processo Penal” (revoga o decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados (PL804510)**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9A62B9F43861BDA946576A81DF5B082B.proposicoesWebExterno1?codteor=1638152&filenam=PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9A62B9F43861BDA946576A81DF5B082B.proposicoesWebExterno1?codteor=1638152&filenam=PL+8045/2010). Acesso em: 02 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 470**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em: 02 abr. 2019.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 02 dez. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

## TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PL 8045/2010)

Matheus Macedo Cartapatti<sup>316</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa analisar o Capítulo IV, do Título VII do Livro I do PL 8045/2010 (Projeto do Novo Código Processo Penal). Tal capítulo contém insertas normas que disciplinam o regime das nulidades processuais penais. À medida que a disciplina jurídica atual das nulidades processuais penais congrega um sistema heterogêneo, visto que fundado em princípios gerais e em rol de nulidades absolutas ou relativas (art. 564 e 572 do CPP), o paradigma vislumbrado estribar-se-ia em modal eminentemente principiológico. O princípio do prejuízo (*pas de nullité sans grief*), da instrumentalidade das formas e do interesse continuam a informar a interpretação e a decisão jurisdicional de declaração de invalidade processual penal.

**Palavras-chave:** Relação jurídica processual penal – Nulidades processuais penais – Projeto do Novo Código de Processo Penal (PL 8045/2010).

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Teoria Geral das Nulidades. 3. Conclusão. 4. Referências.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao revés do hodierno Código de Processo Penal, o PL 8045/2010, o qual intenciona a elaboração de um novo Código de Processo Penal, prescreve em título único a disciplina jurídica referente aos atos processuais, sistematizando-a ao longo de quatro capítulos: DOS ATOS EM GERAL; DOS PRAZOS; DA CITAÇÃO E DAS INTIMAÇÕES; DAS NULIDADES. Alvissareira, ao nosso sentir, tal iniciativa, visto que positiva referencial de análise, no âmbito dos atos processuais penais, fincado nos planos da existência, validade e eficácia; a gerar, entre outras benesses, balizas mais seguras para a decretação das invalidades processuais penais, em especial quando as supostas irregularidades não sejam aptas a ensejar prejuízo efetivo ao cerne irrenunciável do estatuo constitucional da defesa.

O Capítulo IV, do Título VII do Livro I do PL 8045/2010 (Projeto do Novo Código Processo Penal) traz a lume relevante alteração na disciplina jurídica da sanção processual de nulidade dos atos processuais penais.

---

<sup>316</sup> Promotor de Justiça do MPMS. Especialista em Processo Civile direito Civil pela UNIP. Especialista em Penal e Processo Penal pela Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais. Professor do cursos de Pós-Graduação da EDAMP.

Empresta diverso enfoque operativo-pragmático a esta delicada seara de interpretação e aplicação do direito processual penal; guiado, essencialmente, pelo instrumentalismo constitucional na busca da preservação dos direitos, deveres<sup>317</sup> e garantias fundamentais do indivíduo e da coletividade quando, *in concreto*, prejudicados pela malversação da forma processual tipificada. A bússola do aplicador do Direito para a espécie será, portanto, a interpretação constitucional nas lindes do equilíbrio entre o duplo enfoque do postulado normativo da proporcionalidade, quais sejam a proibição do excesso apto a ensejar vulgarização do estatuto constitucional da defesa e a proibição da proteção deficiente apta a impedir a decretação da invalidade processual pela análise estéril da forma, descurando-se do efetivo prejuízo ao contraditório e à ampla defesa e gerando grave entrave à entrega da tutela jurisdicional em sede criminal, a qual também visa, entre outros desideratos, a proteção de bens jurídicos caros ao pleno desenvolvimento social.

## 2 TEORIA GERAL DAS NULIDADES E O PL 8045/2010

O artigo 178, que inaugura o Capítulo, estabelece que o descumprimento das disposições legais ou constitucionais que tenham por objeto matéria relativa ao processo ou à investigação criminal determinará a invalidade dos respectivos atos, nos limites na extensão prevista neste Código. Com efeito, o texto legal em tela contempla um princípio fundamental prescrito no artigo 2º, o que delinea uma norma geral de que as garantias processuais serão observadas em todas as formas de intervenção penal. Dessa forma, o artigo 178 faz referência expressa à fase de investigação criminal, indo ao encontro do que estabelece o Título II, o qual disciplina a investigação criminal e que, na versão do Projeto e do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), estará sujeita ao controle jurisdicional exercido pelo juiz de garantias, desde que se faça presente a necessidade de salvaguarda dos direitos individuais, cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

O artigo 179 condiciona a declaração de nulidade e a invalidação do ato irregular aos seguintes parâmetros: a) manifestação específica do

<sup>317</sup> Forte na construção dogmática do Professor Douglas Fischer de que a interpretação constitucional do Processo Penal engendra um garantismo integral, isto é, impositivo não só de direitos e garantias ao integrante do polo passivo da demanda criminal, mas também de deveres individuais, como bem explicita o Capítulo I do Título II da Constituição Federal de 1988: Dos direitos e deveres individuais e coletivos. FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus conceitos. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html). Acesso em: 15 nov. 2019.

interessado; b) manifestação oportuna do interessado; c) demonstração da existência concreta de prejuízo à parte, o qual ocasionaria efetivo prejuízo ao contraditório, ampla defesa e à apuração da verdade processual dos fatos objeto da demanda criminal. Em relação à oportunidade (item b), a norma encontra aplicação, somente, para a parte, visto que o juiz poderá declarar a nulidade de ofício, haja ou não provocação do interessado.

A complementar o artigo 179 do Capítulo em análise, foram elaborados quatro incisos: o primeiro deles, consentâneo com garantia constitucional da duração razoável do processo e da eficiência processual, prescreve que é dever do juiz buscar o máximo aproveitamento dos atos processuais. O segundo e o terceiro positivam o princípio do prejuízo (*pas de nullité sans grief*) no âmbito das nulidades processuais penais, segundo o qual nenhum ato será declarado nulo se da irregularidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, ou não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa; de forma inovadora e acolhendo entendimento majoritário sufragado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>318</sup> (tanto em sede das nulidades absolutas quanto relativas) o inciso III prescreve que “o prejuízo não se presume, devendo a parte a indicar, precisa e especificamente, o impacto que o defeito do ato gerou no exercício do contraditório ou da ampla defesa”. Portanto, revela-se nítida a intenção do legislador de afastar, de uma vez por todas, a famigerada classificação das nulidades em absolutas (cujo prejuízo seria presumido) e relativas (cujo prejuízo demandaria comprovação), já que, em sede de norma geral sobre a matéria, prescreve a não presunção do prejuízo, ou seja, mesmo nas hipóteses antes classificadas como de nulidade absoluta há necessidade premente de demonstração do efetivo prejuízo ao contraditório, à ampla defesa e à apuração da verdade processual dos fatos objeto da demanda criminal. Impende ressaltar, ademais, em respeito ao contraditório, que a parte *ex adversa* àquela que alega o vício processual deverá ter oportunidade de falar nos autos caso queira declinar razões com vistas a contestar a alegação de prejuízo.

---

<sup>318</sup> Em que pese majoritária interpretação doutrinária de que o prejuízo é presumido em sede das denominadas nulidades absolutas, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que o prejuízo deve ser comprovado pela parte interessada, no âmbito das nulidades absolutas inclusive. Entre outras decisões: STF, 2ª Turma, RHC 110.623/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/03/2012, Dje 61 23/03/2012. Com a mesma razão de decidir: “Apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de “prova impossível”, o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção: STF, 1ª TURMA, HC 107.769/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18/10/2011, Dje 225 25/11/2011.

O inciso IV do artigo 179 prescreve que “não se invalidará o ato quando, realizado de outro modo, alcance a mesma finalidade da lei, observado o princípio da ampla defesa”. Referido texto legal positiva o princípio da instrumentalidade das formas, isto é, a norma processual ostenta matiz instrumental; ela é meio voltada a um fim. Assim, se a finalidade a que ela se destinava foi atingida, seria retrocesso odioso invalidar o ato e, por conseguinte, impedir a entrega da prestação jurisdicional.

O artigo 180 prescreve que atos processuais viciados aptos a malferir direitos e garantias fundamentais processuais, desde que demonstrado o efetivo prejuízo exigido pelo artigo 179, serão insanáveis. Em rol exemplificativo, enumera cinco hipóteses de direitos e garantias processuais que tornariam o vício insanável, quais sejam: observância dos prazos, observância do contraditório e da ampla defesa, regras de impedimento, obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais, disposições constitucionais relativas à competência jurisdicional (ressalvada a disposição presente no § 2º do mesmo artigo, o qual possibilita que medidas cautelares decretadas por juiz territorialmente incompetente poderão ser ratificadas ou, se for o caso, renovadas pela autoridade competente). O §3º do artigo 180 concilia o princípio da instrumentalidade das formas e do *favor rei*, ao prescrever que, muito embora nulos, o juiz não declarará a nulidade quando puder julgar o mérito em favor da defesa, em abono da economia processual.

A contemplar o princípio geral do direito segundo o qual ninguém pode valer-se da sua torpeza para dela extrair vantagem, o artigo 181 prescreve que “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para a qual tenha concorrido ou referente a formalidade cuja observância só a parte contrária interesse, ressalvada a função de *custos legis* do Ministério Público”. Tal texto legal corrige omissão do vigente Código de Processo Penal, visto que reafirma a posição constitucional do Ministério Público como zelador permanente da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos individuais e sociais indisponíveis e a atual posição da jurisprudência, ou seja, ainda que seja a favor da parte ré, o *Parquet* deve sustentar nulidade que efetivamente ocasionou prejuízo ao contraditório, à ampla defesa e à apuração da verdade processual dos fatos objeto da demanda criminal.

O artigo 183 determina que “as nulidades que dependam de provocação dos interessados deverão ser arguidas na primeira oportunidade que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”. Por conseguinte, o texto legal em comento deve ser interpretado como incidente apenas nos atos que admitem o saneamento dos vícios existentes, visto que os insanáveis não convalescem, podendo até serem arguidos de ofício pelo próprio juiz. Acresça-se que as nulidades dependentes de provocação pela parte interessada, caso



não sejam arguidas no momento previsto em lei, ficam sujeitos à sanção processual de preclusão.

Os princípios da causalidade e da consequencialidade são estampados nos artigos 184 e 185, respectivamente. O texto legal declara que “a nulidade de um ato do processo, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência, ressalvadas as hipóteses previstas neste Código”. Destarte, o juiz deverá indicar os atos eivados de ineficácia (cuja extensão dependerá da espécie de ato e do momento procedimental) e as providências necessárias para a retificação e renovação daqueles, caso não sejam insanáveis; a ensejar a oposição de embargos de declaração pelas partes, caso a decisão jurisdicional seja omissa no presente sentido.

### 3 CONCLUSÃO

Apresentadas as linhas mestras elaboradas pelo legislador no que se refere ao capítulo das nulidades processuais, revela-se que o PL 8045/2010 traz atitude positiva quanto a abordagem dos atos processuais. Empresta nova perspectiva a esta singular parcela do processo penal, propondo um sistema de invalidades orientado pela axiologia e principiologia constitucional. Afasta-se do arquétipo casuístico, representado pelo rol exemplificativo do vigente artigo 564 do Código de Processo Penal, e opta pelo estabelecimento de balizas gerais, orientadas pela necessidade de ser respeitada à Constituição Federal, as quais nortearão o aplicador do direito para análise específica de cada caso concreto.

A norma central de orientação da decisão a respeito da ocorrência ou não de nulidade extrai-se da interpretação do artigo 179 e pertinentes incisos, em especial a prescrição da necessidade de demonstração do prejuízo por aquele que alega o vício processual, sem que houvesse, por parte do legislador, qualquer distinção da sistemática em função das nulidades serem relativas ou absolutas. Portanto, o suposto descumprimento da forma processual não está apto a ensejar de forma automática a nulidade do ato; imperioso verificar se houve efetivo prejuízo à parte interessada, ainda que se trate de suposta violação à norma constitucional, ocasião na qual a doutrina majoritária costuma qualificar como presumido ou evidente o prejuízo processual, isto é, tal prejuízo, pela opção clara do legislador estampada na redação do artigo 179, deverá ser constatado especificamente, aferindo-se, *in concreto*, sua extensão e profundidade.<sup>319</sup>

<sup>319</sup> Conforme assinala Saulo Murilo de Oliveira Mattos: “ Com todo o respeito à lição ensinada por juristas de escol, identificar a nulidade absoluta tão-somente como aquela cujo prejuízo é evidente por decorrer de violação a mandamentos constitucionais traz o risco de que se esqueça

Como se vê acima, o PL 8045/2010 foi ao encontro da jurisprudência dos tribunais superiores e de abalizada doutrina<sup>320</sup> ao reconhecer que, muito embora em sede de nulidades absolutas, a fim de que seja reconhecida, há necessidade de ocorrência do prejuízo. O novo sistema proposto realça, portanto, em consonância com um garantismo integral balizado também pelo princípio da proibição da proteção deficiente dos interesses da sociedade-vítima, o fenômeno das nulidades sob a perspectiva ontológica, sem descuidar de que a possibilidade ou não da declaração do vício processual dependerá da ocorrência do efetivo prejuízo à ampla defesa, ao contraditório e à apuração da verdade processual objeto da demanda criminal; porque nem toda nulidade, conquanto absoluta, à luz da sistemática proposta, pode e deve ser proclamada por um juiz ou tribunal, como sustenta, de forma equivocada, boa parte da doutrina pátria.<sup>321</sup>

---

*a tônica crítica de que o óbvio/evidente muitas vezes se torna inacessível àquele em relação a qual se apresenta, justamente por ser óbvio num ramo socialmente científico, chamado Direito, acostumado a cifrar a formas simples do viver. Afora isto, na dinâmica processual, existem sutilezas capciosas que encobrem as nulidades absolutas. Assim, defende-se aqui que as consequências malélicas de qualquer nulidade, relativa ou absoluta, sempre deverão ser apuradas e demonstradas".* OLIVEIRA MATTOS, Saulo Murilo de. Atos processuais. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 213 (O Projeto do Novo Código de Processo Penal. Coordenação de Leonardo Barreto Moreira Alves e Fábio Roque de Araújo).

<sup>320</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 5. ed., rev., atual. E ampl., São Paulo: Editora RT, 2017, p. 807. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 31.

<sup>321</sup> Entre outros: LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Sariva, p. 938.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 22 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 22 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 8045 de 2010. **Que trata do Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 22 jan. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora RT, 2017.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus conceitos**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html). Acesso em: 15 nov. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA MATTOS, Saulo Murilo de. **Atos processuais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. (O Projeto do Novo Código de Processo Penal. Coordenação de Leonardo Barreto Moreira Alves e Fábio Roque de Araújo).



## PROPOSTA DE NCPP: DA GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS, DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA E DO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE ÓRGÃOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Moisés Casarotto<sup>322</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa analisar os dispositivos legais do Projeto do Novo Código de Processo Penal (NCPP), na versão em trâmite na Câmara dos Deputados, sobre o incidente de deslocamento de competência para Justiça Federal em caso de grave violação de direitos humanos, sobre o conflito de competência entre juízos e sobre o conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público. O Projeto regulamenta, de forma inédita e adequada, o incidente de deslocamento para a Justiça Federal. A proposta não traz alterações substanciais sobre o processamento do conflito de competências, embora necessite de alguns ajustes legislativos. Por fim, o Projeto disciplina o conflito de atribuições entre alguns órgãos do Ministério Público, que embora refletia o posicionamento do STF no momento da elaboração do Projeto, representa um retrocesso na defesa da autonomia dos Ministérios Públicos de todos os Estados da Federação.

**Palavras-chave:** Incidente de deslocamento de competência – Grave violação de direitos humanos – Conflito de competência – Conflito de atribuições.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Da Grave Violação de Direitos Humanos (arts. 140 ao 145). 3. Do Conflito de Competência (arts. 146 ao 150). 4. Do Conflito de Atribuições Entre Órgãos do Ministério Público (art. 151). 4. Conclusão. 5. Referências.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Editado em 1941, o vigente Código de Processo Penal (CPP/1941) já passou por diversas reformas e alterações legislativas para acompanhar o desenvolvimento e complexidade das relações sociais e jurídicas.

Além disso, também passou pelo crivo de diversas Constituições, entre elas a Constituição democrática de 1946, a Constituição do regime militar de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969 e finalmente a Constituição cidadã de 1988.

---

<sup>322</sup> Promotor de Justiça do MPMS. Coordenador do Núcleo Eleitoral do MPMS. Secretário-geral do Grupo Nacional do Coordenadores Eleitorais - GNACE. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Unipar/PR. Especialista em Direito Público pela Unijui/RS. Professor de cursos de Pós-graduação e curso preparatórios para concursos. Autor de artigos e obras jurídicas.

Neste processo de evolução, e, especialmente com a atual Constituição de 1988, que consagra uma série de princípios processuais constitucionais, é evidente que o CPP/1941 necessita de adequações e inovações jurídicas capazes oferecer uma prestação jurisdicional penal adequada à sociedade.

Nesse contexto, já foi aprovado no Senado Federal, ainda em 2010, o Projeto de Lei n. 156/2009, que institui o Novo Código de Processo Penal. Referido Projeto foi enviado à Câmara dos Deputados para revisão, onde recebeu nova numeração, passando a tramitar nesta Casa como Projeto de Lei n. 8.045/2010.

Após formação de uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados para análise do Projeto de NCPP, foi apresentado Projeto Substitutivo nesta Casa, que condensa as alterações propostas, motivo pelo qual este último Projeto Substitutivo é objeto de estudo do presente artigo.

Especificamente, o presente artigo se dedica ao estudo do Capítulo IV, que trata do incidente de deslocamento de competência para Justiça Federal em caso de grave violação de direitos humanos; do Capítulo V, que regula o conflito de competência entre juízes; e do Capítulo VI, que dispõe sobre o conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público, todos Capítulos integrantes do Título VI, Da Competência, do Projeto de NCPP.

Assim, o presente artigo busca analisar estes relevantes temas do atual Projeto de NCPP em trâmite na Câmara dos Deputados, os quais são fundamentais para fixação da atribuição e da competência de determinados casos.

Sem qualquer pretensão exaustiva ou conclusiva, o presente trabalho visa contribuir para reflexão sobre os temas e o aprimoramento da proposta, especialmente para que sua aprovação reflita os anseios da sociedade no combate à criminalidade organizada ou não.

## **2 DA GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS (ARTS. 140 AO 145)**

O incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, em caso de grave violação de direitos humanos, foi introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional 45/2004 ao inserir no art. 109, da Constituição, o inciso V-A e o parágrafo 5º, nos seguintes termos:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

(...)

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos,

o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Este dispositivo constitucional tem origem em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, notadamente a adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (Decreto Federal n. 678/92), e pelo reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos de violação de direitos humanos que fiquem impunes na ordem interna do país.

Embora, em regra, crimes que violem direitos humanos sejam da competência estadual, em determinados casos onde se verifica a omissão ou insuficiência da apuração e punição pelo ente federado estadual<sup>323</sup>, a competência poderá ser deslocada para a Justiça Federal, desde que observados os requisitos do dispositivo constitucional, justamente para evitar eventuais punições internacionais ao Brasil.

A criação do incidente provocou muita polêmica e referida norma constitucional foi objeto de questionamento no STF através da ADI 3.486 e da ADI 3.493, ambas sem liminar deferida e pendentes de julgamento no mérito, motivo pelo qual, por ora, se presume a constitucionalidade do incidente.

Não obstante tenha sido criado a mais de 15 anos, o incidente ainda carece de regulamentação legal para seu processamento, sendo que os 22 (vinte e dois) incidentes suscitados no STJ até final de 2019, conforme consulta no site do referido Tribunal, seguem rito criado pela praxis do STJ, sem qualquer disciplina legal.

Assim, muito importante e elogiável a preocupação do Congresso Nacional em disciplinar o tema no Projeto de NCPP, pois atento ao princípio

---

<sup>323</sup> Nesse sentido, a jurisprudência já sedimentada do STJ sobre o tema: “O IDC possui natureza processual, com características de excepcionalidade e subsidiariedade. Quanto aos seus requisitos, exige-se cumulativamente (i) grave violação de direitos humanos previsto em tratado internacional do qual signatário o Brasil; (ii) risco de responsabilização internacional do Estado brasileiro em razão incapacidade das instâncias locais para realizar a investigação ou julgamento das graves violações de direitos humanos previstos em tratados (IDC’s n. 1, 2, 3 e 5, Terceira Seção). 2. A inércia das instâncias locais e o risco de responsabilização internacional são requisitos correlacionados - este pressupõe aquele - a serem justificados sob critérios objetivamente aferíveis [...]”.

(IDC 14/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2018, DJe 22/08/2018).

da legalidade garante também mais segurança jurídica no processamento do incidente processual de deslocamento de competência.

Ocorre que, o Projeto original do NCPP, aprovado inicialmente pelo Senado Federal, ampliou de forma equivocada a hipótese de cabimento do incidente criado pela Constituição, como se observa na redação do art. 119, com destaque para as inovações distintas do texto constitucional:

Art. 119. Em caso de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte **e de preservar a competência material da Justiça Federal**, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase da investigação preliminar ou do **processo em tramitação na jurisdição estadual**, incidente de deslocamento de competência.

A inovação de acrescentar no disposto infraconstitucional a expressão “preservar a competência da Justiça Federal”, além de causar dúvidas interpretativas, pode limitar ou ampliar de forma inconstitucional a hipótese de cabimento criada pela Constituição.

Ademais, a menção expressa à “processos em trâmite na jurisdição estadual” limita o incidente aos processos da Justiça Estadual, desconhecendo que a grave violação pode ocorrer em processos em trâmite em outras Justiças como a Eleitoral e a Militar da União, que também possuem competência criminal.

Felizmente, a Comissão que analisa o Projeto do NCPP na Câmara dos Deputados, através de uma Emenda Modificativa, propõe a correção texto legal, mantendo redação idêntica à da Constituição, como se observa no correspondente art. 140:

Art. 140. Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Com efeito, correto e necessário que o texto legal permaneça fiel ao dispositivo constitucional, sob pena de padecer de inconstitucionalidade material.



Em relação ao demais dispositivos sobre o tema, notadamente, os art. 141 ao 145, constata-se que o Projeto de NCPP tratou do processamento do incidente em si, desde os requisitos da petição inicial até as consequências do julgamento procedente do pedido, com o detalhamento suficiente e necessário.

Entre estes dispositivos infraconstitucionais, merecem destaque e elogio a impossibilidade de desistência do incidente dado seu interesse público (art. 141, parágrafo único); a necessidade de solicitação de informações ao Tribunal de Justiça, à Procuradoria-Geral de Justiça e ao Governo do Estado onde ocorreu a grave violação dos direitos humanos (art. 143); que a proposição do incidente não suspende a investigação ou o processo já em andamento (art. 143, § 2º); e a possibilidade de participação de *amicus curiae* (art. 143, § 3).

Por outro lado, o Projeto de NCPP pode e deve ser aperfeiçoado, já que conforme se infere da leitura do art. 143, *caput*, do Projeto<sup>324</sup>, o legislador presume apenas o deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, pois refere unicamente às autoridades estaduais.

Não se desconhece que a maioria dos casos realmente possam ocorrer na esfera estadual, todavia não há esta limitação no texto constitucional e, em tese, poderiam ocorrer hipóteses de grave violação de direitos humanos também em outras Justiças, como a Eleitoral e a Militar da União, o que deveria ser previsto.

Apenas a título ilustrativo, imaginem que, em determinada eleição municipal, um grupo de pessoas, por qualquer razão, de raça, sexo, religião, origem, etc. seja, violentamente, impedida de votar e perante a Justiça Eleitoral não há a devida apuração e responsabilização pelo caso. Ou ainda, em determinada operação militar, um ou mais militares em serviço, agridam e torturem vários civis de determinada localidade, sendo que também perante a Justiça Castrense não ocorra a devida apuração e processamento do caso.

Embora a eloquência dos exemplos, não se pode duvidar que, casos muitos mais simples e de apenas uma pessoa, pode ensejar a responsabilização internacional do Brasil por violação de direitos humanos, o que, inclusive, já aconteceu, como no conhecido caso da vítima de violência doméstica Maria da Penha.

Como sugestão legislativa, bastaria a redação do art. 143, *caput*, se referir genericamente as autoridades determinando que: “Admitido o incidente, o relator requisitará informações por escrito ao respectivo Tribunal, ao Chefe do Ministério Público e ao Chefe do Executivo onde ocorreu a grave violação dos direitos humanos”. Ademais, seria necessário ainda, apenas a

---

<sup>324</sup> “Art. 143. Admitido o incidente, o relator requisitará informações por escrito ao **Tribunal de Justiça**, à **Procuradoria-Geral de Justiça** e ao **Governo do Estado** onde ocorreu a grave violação dos direitos humanos.

substituição da expressão “autoridades estaduais” do final do art. 143, § 2º, para a expressão “autoridades competentes”.

Diante do exposto, correta e necessária a regulamentação infraconstitucional do incidente de deslocamento de competência em caso de grave violação de direitos humanos para a Justiça Federal, devendo a hipótese de cabimento permanecer fiel ao texto constitucional e o seu processamento, suficientemente detalhado nos art. 141 ao 145, apenas adequar o texto para não limitar o deslocamento com origem na Justiça Estadual.

### 3 DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA (ARTS. 146 AO 150)

O conflito de competência está disciplinado do art. 146 ao art. 150 do Projeto de NCPP, e ocorre (i) quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes ou incompetentes para conhecer da mesma infração penal ou (ii) quando entre elas surgir controvérsia sobre unidade de juízo, reunião ou separação de processos (art. 147).

O tema não apresenta mudanças significativas se comparado ao texto do CPP editado em 1941, já que não é fonte de muitas controvérsias.

Entre as mudanças do Projeto, destaca-se a adequada colocação do tema “Conflito de Competências” dentro do Título VI - “Da Competência”, já que antes era tratado no Título “Das Questões e Processos Incidentes” e inapropriadamente denominado “Conflito de Jurisdição”.

Quanto à legitimidade ativa, o Projeto em análise foi mais detalhista ao estabelecer que o conflito pode ser suscitado pela **defesa**, pelo **querelante** ou pelo órgão do **Ministério Público** junto a qualquer dos juízos em dissídio ou, ainda, por qualquer dos **juízes** ou **tribunais** em causa (art. 148), já que no CPP de 1941 previa uma hipótese aberta da “pessoa interessada”, mais o Ministério Público e os juízes e Tribunais (art. 115)<sup>325</sup>.

Neste ponto, o Projeto de NCPP silenciou sobre a controversa legitimidade do assistente de acusação. Como o Projeto não citou expressamente este ator processual, não faltarão vozes que defenderão sua ilegitimidade para suscitar o conflito, notadamente pela ausência de previsão no art. 148 e também pela omissão desta legitimidade no art. 96<sup>326</sup>, que trata do assistente.

<sup>325</sup> “Art. 115. O conflito poderá ser suscitado:

I - pela parte interessada;

II - pelos órgãos do Ministério Público junto a qualquer dos juízos em dissídio;

III - por qualquer dos juízes ou tribunais em causa.”

<sup>326</sup> “Art. 96. Ao assistente será permitido propor meios de prova, formular perguntas às testemunhas, às vítimas e ao acusado, requerer medidas cautelatórias reais, participar dos debates orais, formular quesitos ao exame pericial, requerer diligências complementares ao final da audiência de instrução, apresentar memoriais e arrazoar os recursos interpostos

Todavia, analisando as vigas estruturante do Projeto de NCPP, percebe-se nitidamente a extrema valorização da vítima e seus familiares em inúmeros dispositivos legais, bem como comparando os diversos poderes previstos no art. 96 ao assistente, notadamente, propor meios de prova, requer cautelares reais, interpor recursos, etc., não se justifica a ausência de legitimidade do assistente para suscitar o conflito de competência.

Além disso, em procedimento do Tribunal do Júri, o Projeto de NCPP prevê a legitimidade do assistente para propor o desaforamento da causa, o que, por consequência, acarreta a modificação da competência em similitude com o conflito.

Ademais, a vítima ou seus familiares tem interesse pessoal e jurídico na prolação de um decreto condenatório válido, proferido por um juiz competente, até para reparação de eventuais danos sofridos, que poderão ser executados na esfera cível.

Assim, o Projeto de NCPP deveria inserir expressamente a figura jurídica do assistente como legitimado para suscitar o conflito de competência no art. 148, evitando-se futuros debates doutrinários e jurisprudenciais desnecessários.

No que tange ao processamento em si do conflito nos Tribunais, o Projeto manteve a mesma sistemática que já vinha prevista e funcionando, não merecendo reparos.

Noutra quadra, elogiável a preocupação do Projeto no art. 150, estabelecendo que “na hipótese de conflito negativo de competência, o órgão da jurisdição que primeiro atuou no processo poderá praticar atos processuais de urgência, sobretudo aqueles atinentes às medidas cautelares, pessoais ou reais”.

Realmente, havendo conflito negativo, é fundamental que, pelo menos, um dos juízos decida sobre pedidos de urgência, o que o Projeto estabeleceu pela prevenção, mantendo simetria com outras hipóteses de fixação de competência, mesmo que esta seja temporária.

Por outro lado, o Projeto de NCPP foi omissivo quanto à competência para decisão dos mesmos pedidos urgente em caso de conflito positivo, já que poderão ser prolatadas decisões conflitantes, como, por exemplo, um juiz determina a prisão cautelar e outro, nega.

Neste ponto, o Projeto determina no art. 149, § 2º, que “distribuído o feito, se o conflito for positivo, o relator poderá determinar imediatamente que se suspenda o andamento do processo”, silenciando quanto as decisões já tomadas pelos juízes ou da competência para decisão de novos pedidos urgentes.

Uma das soluções para o caso, que poderia estar prevista expressamente no Projeto, seguindo a mesma lógica do conflito negativo,

---

pelo Ministério Público ou por ele próprio, nas hipóteses de absolvição, absolvição sumária, impronúncia ou extinção da punibilidade.”

é de que: “na hipótese de conflito positivo de competência, órgão da jurisdição que primeiro atuou no processo poderá praticar atos processuais de urgência, sobretudo aqueles atinentes às medidas cautelares, pessoais ou reais.

Na verdade, bastaria acrescentar no mesmo art. 150, do NCPP, a hipótese de conflito positivo, passando o dispositivo, por sugestão, ter a seguinte redação: “Art. 150. Na hipótese de conflito **positivo** ou **negativo** de competência, o órgão da jurisdição que primeiro atuou no processo poderá praticar atos processuais de urgência, sobretudo aqueles atinentes às medidas cautelares, pessoais ou reais.”

Outra solução para o caso, seria adotar a mesma solução dada pelo atual Código de Processo Civil, o qual prevê em seu art. 955: “O relator poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, o sobrestamento do processo e, nesse caso, bem como no de conflito negativo, **designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.**”

Ocorre que, tal solução possui um inconveniente, qual seja, demanda o Relator proferir esta decisão de ofício ou mediante provocação, nada falando diante da sua omissão.

Assim, a solução mais adequada e completa para o caso é adotar um critério legal e automático como fez o art. 150, do NCPP e ressaltar a possibilidade do relator, de ofício ou mediante provação, designar um dos juízes para decidir medidas urgentes.

Nesse sentido, a redação ideal, *ad referendum*, seria: “Art. 150. Na hipótese de conflito positivo ou negativo de competência, o órgão da jurisdição que primeiro atuou no processo poderá praticar atos processuais de urgência, sobretudo aqueles atinentes às medidas cautelares, pessoais ou reais, ressalvada a decisão do Relator que, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, designar juízo diverso”.

Assim, verifica-se que, embora não haja mudanças substanciais na regulamentação do conflito de competência, alguns ajustes legislativos são necessários para coerência e completude do sistema, especialmente, a previsão expressa do assistente no art. 148 e a previsão do art. 150 se estenda também para o conflito positivo, com a ressalva expressa de decisão diversa do Relator do processo do conflito.

#### **4 DO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE ÓRGÃOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ART. 151)**

O conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público consiste na divergência entre membros do Ministério Público sobre a legitimidade

ativa para a persecução penal, notadamente a atribuição para a investigação criminal sobre determinados fatos.

Assim como o conflito de competência entre juízos, o conflito de atribuições entre membros do Ministério Público pode ser positivo ou negativo, No entanto, com precisão, alerta Renato Brasileiro de Lima:

Quando se tratar de um inquérito policial ou de procedimento investigatório com tramitação na Justiça, eventual pedido de declinação de competência formulado pelo órgão do Ministério Público será levado à apreciação do juízo. Remetidos a outro juízo, caso haja dissenso sobre a competência, este dissenso estaria estabelecido em nível jurisdicional, a ser sanado por meio de um conflito de competência (...). Portanto, se juízes de comarcas situadas em Estados-membros diversos, acolhendo manifestações dos respectivos membros do Ministério Público, decidem no sentido da incompetência dos seus juízos, o que se configura é um conflito de competência e não de atribuições entre órgãos do Ministério Público de Estados diferentes.” (2014, p. 1072-1073).

Em síntese, quando o inquérito ou procedimento de investigação estão em trâmite perante o Poder Judiciário, sendo que a manifestação do Ministério Público será avaliada pelo juiz, eventual discordância quanto à competência ensejará conflito de competência a ser julgado pelo Tribunal competente, conforme pacífica jurisprudência do STJ<sup>327</sup> e do STF<sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> Do STJ: “CRIMINAL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. **PRONUNCIAMENTO DAS AUTORIDADES JUDICIÁRIAS. CONFIGURAÇÃO DE CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.** JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTO QUE ATRAI A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS. PARECER ACOLHIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. **Evidenciado que as autoridades judiciárias se pronunciaram a respeito da controvérsia, ainda que acolhendo as manifestações do Ministério Público Federal e estadual, configura-se o conflito de competência. Precedentes.** [...] 4. Conflito de atribuição conhecido como de competência para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Ribeiro Preto/SP. (Cat 231/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012)”. (Grifou-se).

<sup>328</sup> Do STF: “PETIÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. DENÚNCIA. DIVERGÊNCIA DOS PROMOTORES PÚBLICOS. **INOCORRÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO** (art. 102, inciso I, alínea “f”, da CF). **HIPÓTESE DE CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZES VINCULADOS A TRIBUNAIS DIVERSOS** (CF, art. 105, inciso I, alínea “d”). 1. Divergência dos Promotores Públicos de Estados-membros diversos ao suscitarem, perante os respectivos Juízos, a incompetência

Por outro lado, em procedimentos de investigação em que não houve intervenção do Poder Judiciário, eventual discordância quanto a atribuição de membros do Ministério Público, desafiará conflito de atribuições a ser dirimido conforme a legislação de regência.

Com efeito, a solução da maioria dos conflitos de atribuições já tem previsão nas leis específicas de regulação do Ministério Público, ressaltando-se que, conforme previsão do art. 128, da Constituição, embora seja uno, o Ministério Público abrange o Ministério Público da União (inciso I) e o Ministério Público dos Estados (incisos II).

Enquanto o Ministério Público da União, que é composto pelo o Ministério Público Federal, pelo Ministério Público do Trabalho, pelo Ministério Público Militar e pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, tem como chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução (art. 128, § 1º, CF).

O Ministério Público dos Estados, que compreende cada um dos autônomos 27 Ministérios Públicos Estaduais, tem por chefe, em cada Estado, o Procurador-Geral de Justiça, eleito em lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, e nomeado pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, para mandato de dois anos, permitida uma recondução. (art. 128, § 3º).

Assim, se o conflito de atribuições for entre membros do Ministério Público pertencentes ao mesmo Estado da Federação, o conflito será dirimido pelo respectivo Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 10, X, da Lei n. 8.625/93.

Já, se o conflito de atribuições for entre membros do Ministério Público Federal, caberá a solução à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, conforme art. 62, VI, da LC n. 75/93.

Se o conflito de atribuições for entre membros do Ministério Público Militar, o conflito será resolvido pela Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, conforme art. 136, VI, da LC n. 75/93.

---

para o oferecimento da denúncia: inexistente dispositivo legal que atribua ao Procurador-Geral da República o poder de dirimir conflito de atribuições entre Promotores de Estados diferentes; compete a cada um dos Juízes decidir acerca da questão suscitada. 2. **Se Juízes de comarcas situadas em Estados-membros diversos, acolhendo manifestações dos respectivos membros do Ministério Público, decidem no sentido da incompetência dos seus Juízes, o que se configura é conflito de jurisdição e não de atribuições entre órgãos do Ministério Público de Estados diferentes.** 3. Hipótese em que não remanesce dúvida quanto à inocorrência de conflito federativo (art. 102, inciso I, alínea “f”, da CF). A competência para dirimir desavença é a prevista no art. 105, inciso I, alínea “d”, da Carta Política. (Pet-QO 623, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 11/12/1995, publicado em 27/09/1996, Tribunal Pleno)”. (Grifou-se)

Agora, se o conflito for entre membros de ramos diferentes do Ministério da União, a solução do conflito compete ao Procurador-Geral da República, pois é o chefe do Ministério Público da União, nos termos do art. 26, VII, da LC n. 75/93.

Todavia, a grande controvérsia reside no conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público da União e órgãos de qualquer Ministério Público Estadual ou entre membros de Ministério Público Estadual vinculados à Estados diversos, pois nestas situações não há previsão legal para solução do conflito, havendo amplo debate doutrinário e jurisprudencial.

Fazendo uma busca histórica, verifica-se que inicialmente prevalecia o entendimento que a competência para julgar o conflito de atribuições era do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por interpretação analógica ou extensiva do art. 105, I, “d”, da CF, que fixa a competência deste Tribunal para solucionar o conflito de competência entre juízes vinculados à tribunais diversos. Ora, havendo um conflito de atribuições entre Membros do Ministério Público, transpareceria um conflito virtual de competência, ou seja, um potencial conflito de competência, motivo pelo qual deveria ser resolvido da mesma forma e pelo mesmo Tribunal, no caso STJ.

Adotando este posicionamento, as seguintes decisões do STF de 2002 e 2005, respectivamente:

**EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DENÚNCIA. FALSIFICAÇÃO DE GUIAS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE.** 1. Conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual. Empresa privada. Falsificação de guias de recolhimento de contribuições previdenciárias devidas à autarquia federal. Apuração do fato delituoso. Dissenso quanto ao órgão do Parquet competente para apresentar denúncia. 2. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, a que alude a letra “f” do inciso I do artigo 102 da Constituição, restringe-se aos conflitos de atribuições entre entes federados que possam, potencialmente, comprometer a harmonia do pacto federativo. Exegese restritiva do preceito ditada pela jurisprudência da Corte. **Ausência, no caso concreto, de divergência capaz de promover o desequilíbrio do sistema federal.** 3. **Presença de virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual**

**perante os quais funcionam os órgãos do Parquet em dissensão. Interpretação analógica do artigo 105, I, “d”, da Carta da República, para fixar a competência do Superior Tribunal de Justiça a fim de que julgue a controvérsia.**

Conflito de atribuições não conhecido. (Pet 1503, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2002, DJ 14-11-2002 PP-00014 EMENT VOL-02091-01 PP-00059). (Grifou-se)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. REPRESENTAÇÃO DESTINADA À APURAÇÃO DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO NACIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** De acordo com a letra “d” do inciso I do art. 105 da Magna Carta, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os conflitos entre juízes vinculados a tribunais diversos. **No caso, transparece um virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do Parquet ora em divergência. Tal situação impõe uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional acima referido, de sorte a fixar a competência daquela Corte Superior para solucionar o dissenso instaurado nos presentes autos. Precedente: Pet 1.503, Relator Ministro Maurício Corrêa.** Conflito de atribuições não conhecido. (ACO 756, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2005, DJ 31-03-2006 PP-00006 EMENT VOL-02227-01 PP-00001 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 5-14 RMP n. 31, 2009, p. 179-185). (Grifou-se).

Posteriormente, o STF mudou seu entendimento para definir que o conflito de atribuições configuraria conflito federativo apto a atrair a competência do STF, nos termos do art. 102, I, “f”, da CF. Nessa direção, colhe-se da jurisprudência do STF em 2007 e 2011, respectivamente:

**EMENTA: 1. COMPETÊNCIA. Atribuições do Ministério Público. Conflito negativo entre MP federal e estadual. Feito da competência do Supremo Tribunal Federal. Conflito conhecido. Precedentes. Aplicação do art. 102, I,**



**“f”, da CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal dirimir conflito negativo de atribuição entre o Ministério Público federal e o Ministério Público estadual.** 2. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Atribuições do Ministério Público. Ação penal. Formação de *opinio delicti* e apresentação de eventual denúncia. Fatos investigados atribuídos a ex-Governador de Estado. Incompetência do Superior Tribunal de Justiça. Matéria de atribuição do Ministério Público estadual. Inconstitucionalidade dos §§ do art. 84 do CPP, introduzidos pela Lei nº 10.628/2002. Conflito negativo de atribuição conhecido. É da atribuição do Ministério Público estadual analisar procedimento de investigação de atos supostamente delituosos atribuídos a ex-Governador e emitir a respeito *opinio delicti*, promovendo, ou não, ação penal. (ACO 853, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00056 EMENT VOL-02273-01 PP-00025 RTJ VOL-00202-01 PP-00032 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 485-488 RMP n. 33, 2009, p. 185-189). (Grifou-se)

**CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES.** CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO. **COMPETÊNCIA DO STF. ART. 102, I, f, CF.** FUNDEF. COMPOSIÇÃO. ATRIBUIÇÃO EM RAZÃO DA MATÉRIA. ART. 109, I E IV, CF. 1. Conflito negativo de atribuições entre órgãos de atuação do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual a respeito dos fatos constantes de procedimento administrativo. 2. **O art. 102, I, f, da Constituição da República recomenda que o presente conflito de atribuição entre os membros do Ministério Público Federal e do Estado de São Paulo subsuma-se à competência do Supremo Tribunal Federal.** 3. [...]. 6. Conflito de atribuições conhecido, com declaração de atribuição ao órgão de atuação do Ministério Público Federal para averiguar eventual ocorrência de ilícito penal e a atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo para apurar hipótese de improbidade administrativa, sem prejuízo de posterior deslocamento de competência à Justiça Federal, caso haja intervenção da União ou diante do reconhecimento ulterior de lesão ao patrimônio nacional nessa última hipótese. (ACO 1109, Relator(a): Min. ELLEN

GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX (art. 38, IV, b, do RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 06-03-2012 PUBLIC 07-03-2012). (Grifou-se)

Após alguns anos, o STF mudou novamente sua orientação jurisprudencial, fixando que o conflito de atribuições não é apto a deflagrar conflito federativo a ser julgado pelo STF, devendo o conflito ser solucionado pelo Procurador-Geral da República, dada a unidade e indivisibilidade institucional do Ministério Público. Ilustrando esta nova mudança de jurisprudência, as seguintes decisões do STF de 2016 e 2017, respectivamente:

**CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE AGENTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DOS ESTADOS. DIVERGÊNCIA “INTERNA CORPORIS”. AUSÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO. INEXISTÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ART. 102, I, f, CF). NÃO CONHECIMENTO. 1. A divergência de entendimento entre órgão do Ministério Público da União e órgão do Ministério Público do Estado sobre a atribuição para investigar possível ilícito de natureza penal ou civil não configura conflito federativo com aptidão suficiente para atrair a competência do Supremo Tribunal Federal de que trata o art. 102, I, f, da Constituição Federal. 2. Tratando-se de divergência interna entre órgãos do Ministério Público, instituição que a Carta da República subordina aos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade (CF, art. 127, parágrafo 1º), **cumpra ao próprio Ministério Público identificar e afirmar as atribuições investigativas de cada um dos seus órgãos em face do caso concreto, devendo prevalecer, à luz do princípio federativo, a manifestação do Procurador-Geral da República.** 3. Conflito não conhecido. (Pet 4863, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 15-05-2017 PUBLIC 16-05-2017). (Grifou-se).**

**CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO APTO**

**A INSTAURAR A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, PARA AS PROVIDÊNCIAS CABÍVEIS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO NO JULGAMENTO DAS AÇÕES CÍVEIS ORIGINÁRIAS 924 E 1.394, BEM ASSIM DAS PETIÇÕES 4.706 E 4.863. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (ACO 2899 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017). (Grifou-se)**

Diante desta titubeante e insegura jurisprudência do STF, o Projeto de NCPP absorveu o posicionamento momentâneo do STF sem maiores aprofundamentos, tanto que o Projeto aprovado no Senado em 2010 previu a competência do STF para dirimir o conflito em seu art. 130<sup>329</sup>, já que era o entendimento do STF à época. Todavia, a atual Proposta Substitutiva em trâmite na Câmara dos Deputados, acompanhando a mudança jurisprudencial do STF na época da sua elaboração, propõe que o conflito seja dirimido pelo Procurador-Geral da República, em seu novo art. 151, *in verbis*: “Cabe ao Procurador-Geral da República dirimir conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público de diferentes Estados, entre os órgãos do Ministério Público da União e entre estes e aqueles.”

Para piorar, agora em junho de 2020, o STF mudou pela quarta vez seu posicionamento. No julgamento conjunto da ACO 843 e da Pet 4575, seguindo o voto do Ministro Alexandre de Moraes, por maioria, o STF decidiu que o conflito deve ser dirimido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por inteligência do art. 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal (acórdão ainda pendente de publicação no momento da redação deste estudo).

Assim, com a devida vênia, as duas propostas de solução previstas no Projeto de novo CPP, seja a proposta pelo Senado, seja a proposta pela Câmara dos Deputados, não parecem ser as mais adequadas juridicamente, considerando o sistema normativo como um todo, especialmente em atenção às normas da Constituição sobre competência e sobre a autonomia dos Ministérios Públicos Estaduais, que por óbvio, não integra o Ministério Público da União. Explico.

Primeiro porque, simplesmente aderir ao posicionamento momentâneo do STF sobre o tema não é adequado e suficiente, até porque mudou

---

<sup>329</sup> “Art. 130. Cabe ao Supremo tribunal Federal decidir o conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público.”

4 (quatro) vezes em pouco mais de 10 (dez) anos, mesmo que a Constituição nada tenha mudado na temática, bem como é uma negativa da autonomia legislativa de construir soluções igualmente viáveis juridicamente, pois além da decisão do STF não ser vinculante, o tema não é cláusula pétrea, podendo ser regulamentado pelo Congresso Nacional.

Segundo porque as duas soluções propostas não resolvem adequadamente o caso e não estão de acordo com a Constituição por diversos motivos. Senão vejamos.

Inicialmente, há de se reconhecer que a proposta do Senado para que o STF tenha competência para dirimir o conflito não encontra respaldo no art. 102, I, “f”, da CF, embora o STF tenha defendido isto por anos e alguns doutrinadores ainda defendam<sup>330</sup>, pois realmente o simples conflito entre membros do Ministério Público de entes federados diferentes não configura um conflito federativo apto a ensejar a competência da Corte Maior, da mesma forma que, por analogia, um simples conflito de competência entre juízes de tribunais diversos ou entes federados diversos não ensejam a jurisdição do STF.

Na verdade, como bem assinalou o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da Ação Cível Originária n. 1.110/DF, só há conflito federativo quando houver “intensidade do risco de ruptura à harmonia federativa”. No mesmo sentido, a afirmação do Ministro Celso de Mello na Ação Cível Originária n. 641/AC de que o conflito federativo pressupõe: “controvérsias que irrompam no seio do Estado Federal, opondo as unidades federadas umas às outras, e de que resultem litígios cuja potencialidade ofensiva revele-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação”.

Ora, a competência do STF, como Corte Constitucional, deve ser dedicada a soluções de problemas constitucionais dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade, não de conflitos de atribuições entre Membros do Ministério Público para atuação em determinado caso concreto, que não afetam significativamente o pacto federativo. Ademais, como já afirmado, se o conflito de juízes vinculados à tribunais diversos ou entes federados diversos, cabe ao STJ, nos termos do art. 105, I, “d”, da CF, porque o conflito de Membros do Ministério Público seria de competência do STF?

Por outro lado, a proposta em trâmite na Câmara dos Deputados, seguindo a outra posição momentânea do STF, de que o conflito de atribuições deve ser dirimido pelo Procurador-Geral da República viola de forma

<sup>330</sup> Segundo Rogério Sanches Cunha: “Quando dois MPs de Estados diferentes (ou MP estadual e MPF) colidem nas suas teses, instaurado está um conflito federativo. Por esta razão, parece-me que o STF é o órgão competente para dirimir a controvérsia, na esteira do já mencionado artigo 102, I, “f”, da nossa Bíblia Política”. (2017)

flagrante o texto constitucional, ao desconsiderar a autonomia dos Ministérios Públicos dos Estados, notadamente por submetê-los à hierarquia e decisão do Procurador-Geral da República, o qual, na ordem constitucional vigente, não tem qualquer ascendência ou espécie de vínculo institucional com os Ministérios Públicos Estaduais, nos exatos termos do art. 128, da CF.

Não é por demais reforçar que, embora uno e indivisível, seguindo o sistema federativo e a simetria com o Poder Judiciário, o Ministério Público é composto pelo Ministério Público da União (art. 128, I, CF) e pelo Ministério Público dos Estados (art. 128, II, CF), cada qual com o Chefe da instituição definido constitucionalmente.

Com efeito, o Procurador-Geral da República, nos exatos termos do art. 128, § 1º, da CF, é chefe **apenas** do Ministério Público da União, e o Procurador-Geral de Justiça de cada Estado e DF, conforme art. 128, § 3º, da CF, é **apenas** chefe do Ministério Público do seu Estado ou DF. Registre-se que, não existe previsão constitucional de um chefe da instituição como um todo e não há qualquer vinculação hierárquica ou jurídica entre o PGR e o PGJ. Assim, subordinar a solução do conflito de atribuição ao PGR submete de forma indevida e inconstitucional os Membros do Ministério Público dos Estados ao Chefe do Ministério Público da União.

Mas não é só, o texto constitucional assegurou, ainda, autonomia administrativa, financeira e funcional para o Ministério Público da União e dos Estados<sup>331</sup>, bem como independência funcional aos seus membros, conferindo, assim, garantias idênticas às outorgadas ao Poder Judiciário, do que resultou uma posição de órgãos verdadeiramente autônomos, nos termos da Constituição (GARCIA, 2014, p. 98).

Com efeito, autonomia administrativa é retirada, entre outros dispositivos constitucionais, do art. 127, § 2º<sup>332</sup>, que de forma expressa assegura a autonomia administrativa dos órgãos e os autoriza propor projetos de lei para a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, para a política remuneratória

---

<sup>331</sup> A Lei n. 8.625/1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que regulamenta o texto constitucional, em seu art. 3º, também reconhece explicitamente a autonomia em seus três aspectos, como se observa: “Ao Ministério Público é assegurada autonomia **funcional, administrativa e financeira**, cabendo-lhe, especialmente: [...]”. (grifou-se)

<sup>332</sup> “Art. 127. [...]”

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e **administrativa**, podendo, observado o disposto no art. 169, **propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira**; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento”. (grifou-se)

e os planos de carreira; bem como do art. 128, § 5º<sup>333</sup>, que reserva à Lei Complementar, por iniciativa do Chefe de cada instituição, a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público (da União e dos Estados).

Já, a autonomia financeira dos órgãos decorre, especialmente, do art. 127, § 3º, da CRFB, que autoriza cada Ministério Público (da União e dos Estados) elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e observando os demais dispositivos constitucionais pertinentes, bem como do art. 168, da CRFB, que determina o repasse dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados ao Ministério Público, sejam entregues até o dia 20 de cada mês, na forma da Lei Complementar respectiva.

Por autonomia funcional da instituição, também explícita no art. 127, § 2º, da CRFB, significa que o Ministério Público está imune às influências externas no exercício de sua atividade finalística, podendo adotar as medidas previstas no ordenamento jurídico que considerar pertinentes, sem interferência dos demais Poderes. A autonomia funcional da instituição coexiste e complementa a independência funcional dos seus membros<sup>334</sup>, que é oponível à terceiros e aos próprios órgãos da Administração Superior do Ministério Público (GARCIA, 2014, p. 183).

Assim, todas as autonomias delineadas na Constituição, tanto para o Ministério Público da União no âmbito da Federal, quanto para o Ministério Público dos Estados em cada Estado da Federação, demonstram também de forma cabal e inequívoca a autonomia e ausência de qualquer hierarquia ou vinculação entre o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados.

Nessa direção, com maestria a lição do Ministro Celso de Mello na decisão da ACO n. 2.232/ES:

[...]- Inexiste qualquer relação de dependência ou de subordinação entre o Ministério Público dos Estados-membros e o Procurador- -Geral da República, considerada

<sup>333</sup> “Art. 128. [...]”

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, **estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público**, observadas, relativamente a seus membros:”. (grifou-se)

<sup>334</sup> Sobre a autonomia funcional da instituição, esclarece José Afonso da Silva (2012, p. 610): “Veja-se, pois, a diferença: a autonomia é institucional, refere-se à Instituição; a independência funcional é do titular, é pertinente ao titular do cargo ou função de membro do Ministério Público. [...] Logo, ‘autonomia funcional’, prevista no art. 127, § 2º, significa que o Ministério Público exerce suas funções livre de ingerência de qualquer outro órgão do Estado. É predicativo institucional, tanto que se poderia falar – e às vezes se fala – em autonomia institucional, mas ela se comunica aos membros da instituição, porque suas atividades-fins se realizam por meio daqueles.”

a prerrogativa de autonomia institucional de que também se acha investido, por efeito de explícita outorga constitucional (CF, art. 127, § 1º), o 'Parquet' estadual.

- Inadmissível, desse modo, exigir-se que a atuação processual do Ministério Público local se faça por intermédio do Procurador-Geral da República, que não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do 'Parquet' estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (CF, art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União.

Por fim, corroborando o alegado, cumpre destacar também que a Constituição delegou, por força do seu art. 128, § 5º, às Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observando-se, obviamente, as normas constitucionais pertinentes. Assim, atendendo o comando constitucional, foi editada a Lei Complementar n. 75/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, sendo que cada Estado da Federação, mediante Lei Complementar Estadual, também disciplina seu respectivo Ministério Público Estadual.

Curiosamente, o próprio STF em diversos temas confirma e defende a autonomia do Ministério Público dos Estados, como se observa em inúmeros julgamentos, dentre os quais destacam-se:

Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. **Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União.**

**O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual.** Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. [...]. (RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015) Recurso extraordinário. 2. **Repercussão Geral.** Reconhecimento. Reafirmação da jurisprudência dominante. 3. **Constitucional. Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Legitimidade para postular perante o STF e o STJ.** 4. Preliminares. Argumentos do Ministério Público Estadual não considerados pelo STJ, e embargos de declaração não conhecidos. A falta de prequestionamento e a intempestividade do recurso extraordinário decorreriam da recusa do Tribunal em conhecer das razões do MPE. A legitimidade do MPE depende da interpretação das regras constitucionais sobre o Ministério Público art. 127, § 1º, e art. 128, art. 129, CF. Questão que prescinde da apreciação de matéria de fato. Preliminares rejeitadas. 5. Repercussão geral. A avaliação da legitimidade dos Ministérios Públicos dos Estados para pleitear perante o STF e o STJ é relevante dos pontos de vista político, jurídico e social. Repercussão geral reconhecida. 6. Legitimidade de MPE para postular no STF e no STJ. **Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios podem postular diretamente no STF e no STJ, em recursos e meios de impugnação oriundos de processos nos quais o ramo Estadual tem**



**atribuição para atuar. Precedentes. 7. Jurisprudência consolidada do STF no sentido da legitimidade do MPE. Reafirmação de jurisprudência.** Precedentes: Rcl 7.358, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 24.2.2011; MS 28.827, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 28.8.2012; RE-QO 593.727, Rel. Min. Cezar Peluso, Redator para acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno j. 21.6.2012; ARE-ED-segundos 859.251, de minha relatoria, Tribunal Pleno, j. 22.10.2015. 8. Fixação de tese: **Os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal têm legitimidade para propor e atuar em recursos e meios de impugnação de decisões judiciais em trâmite no STF e no STJ, oriundos de processos de sua atribuição, sem prejuízo da atuação do Ministério Público Federal.** 9. Caso concreto. Legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul para oferecer razões e embargos de declaração em habeas corpus afastada pelo STJ. Cassação da decisão. 10. Recurso extraordinário a que se dá provimento. Determinação de retorno dos autos ao STJ, para que prossiga no julgamento do habeas corpus, considerando as razões do MPRS. (RE 985392 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 25/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-256 DIVULG 09-11-2017 PUBLIC 10-11-2017) (Grifou-se).

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 48/2014 DO ESTADO DO AMAPÁ. AÇÃO AJUIZADA PELA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP. ARTIGO 103, IX, DA CRFB/1988. LEGITIMIDADE ATIVA. PRESENÇA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE PERDA DE OBJETO. A EDIÇÃO DO DECRETO LEGISLATIVO 547/2014 PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAPÁ, CUJA VIGÊNCIA SE ENCONTRA SUSPENSA POR LIMINAR DEFERIDA NA ADI 5184/AP, NÃO ACARRETA A PERDA DE OBJETO DESTA AÇÃO. **ARTIGOS 127, § 2º, E 128, §§ 3º E 5º, DA CRFB/1988. AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FORMAÇÃO DE LISTA TRÍPLICE PARA A OCUPAÇÃO DO CARGO DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA CUJO TRATAMENTO A CONSTITUIÇÃO DE 1988 RESERVA, EM RELAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS,**

**À LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL. INICIATIVA CONFERIDA AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO E NÃO À ASSEMBLEIA LEGISLATIVA.** EMENDA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, MEDIANTE INICIATIVA DA MESA DIRETORA DA ASSEMBLEIA. INADEQUAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. A DEFINIÇÃO DOS MEMBROS DA CARREIRA APTOS A PARTICIPAR DA ELEIÇÃO PARA A FORMAÇÃO DA LISTA TRÍPLICE DESTINADA À OCUPAÇÃO DO CARGO DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA É MATÉRIA DESTINADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À LEI ORGÂNICA DE CADA MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE. 1. O Ministério Público é o titular da iniciativa de projeto de lei que organiza, institui atribuições e estabelece a estrutura da carreira, dispondo também sobre a forma de eleição, de composição da lista tríplice e de escolha do Procurador-Geral de Justiça, na forma do artigo 128, §§ 3º e 5º, da Constituição Federal, observados os limites traçados pelo texto constitucional e pela legislação orgânica nacional (Lei 8.625/1993). 2. A Emenda Constitucional 48/2014 à Constituição do Estado do Amapá revela-se formalmente inconstitucional: (i) por tratar de matéria relativa à alteração do estatuto jurídico da carreira do Ministério Público Estadual, porquanto o Poder Legislativo não ostenta essa competência, violando diretamente o artigo 128, §§ 3º e 5º, do texto constitucional; e (ii) ao consagrar a iniciativa eivada de incompetência, a Constituição Estadual viola a Constituição Federal, que reclama lei complementar de iniciativa do Procurador-Geral para disciplinar o tema. 3. A lei orgânica do Ministério Público é a via legislativa apta a definir os membros da carreira elegíveis para o cargo de Procurador-Geral de Justiça. 4. Conseqüentemente, a emenda constitucional de iniciativa parlamentar, ao dispor sobre a data para a realização da eleição, para a formação de lista tríplice para o cargo de Procurador-Geral de Justiça, viola as disposições do artigo 128, § 3º e 5º, da Constituição Federal, que exige lei complementar estadual de iniciativa daquela autoridade. 5. A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), ao congrega os integrantes do Ministério Público da União e dos Estados,

possui legitimidade ativa para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do artigo 103, IX, da Constituição Federal. 6. O Decreto Legislativo 547/2014 da Assembleia Legislativa do Estado do Amapá não acarreta a perda de objeto da presente ação, notadamente porque: (i) a norma cuja vigência era sustada pelo Decreto (Lei Complementar estadual nº 79/2013) não coincide com o ato normativo impugnado na presente ação (Emenda Constitucional nº 48/2014); (ii) ainda que houvesse tal coincidência, o referido Decreto Legislativo teve sua eficácia suspensa por decisão deste tribunal na ADI 5.184/AP, não se encontrando sustada, por conseguinte, a vigência da Lei Complementar estadual 79/2013, que minudenciou a emenda inconstitucional. 7. Ação direta de inconstitucionalidade JULGADA PROCEDENTE, para se declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 48/2014 à Constituição Estadual do Amapá, por ofensa ao artigo 128, §§ 3º e 5º, da Constituição Federal. (ADI 5171, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-272 DIVULG 09-12-2019 PUBLIC 10-12-2019).

EMENTA: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.807 E 4.808. JULGAMENTO CONJUNTO. DESTITUIÇÃO DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. AÇÕES JULGADAS PREJUDICADAS QUANTO AO ART. 12 DA LEI COMPLEMENTAR AMAPAENSE N. 9/1994 E ARTS. 2º A 11 DA RESOLUÇÃO N. 119/2012 DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO AMAPÁ E, NA PARTE REMANESCENTE, PROCEDENTES PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DAS EXPRESSÕES “POR DELIBERAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO OU” E “EM AMBOS OS CASOS” DO ART. 147 DA CONSTITUIÇÃO DO AMAPÁ. 1. Ações prejudicadas quanto ao art. 12 da Lei Complementar amapaense n. 9/1994 e aos arts. 2º a 11 da Resolução da Assembleia Legislativa amapaense n. 119/2012. Revogação. Perda superveniente de objeto. Precedentes. 2. Pelo art. 128, § 4º, da Constituição da República cabe à lei complementar estadual a regulamentação dos casos de destituição de Procurador-Geral da Justiça. Inconstitucionalidade formal: Precedentes. 3. Pelo art. 128, § 5º, da Constituição da República os procuradores-gerais

têm a iniciativa das leis complementares estaduais que versam sobre a organização, as atribuições e o estatuto dos Ministérios Públicos. **4. A possibilidade de iniciar e deliberar a Assembleia Legislativa, por maioria absoluta, sobre destituição do Procurador-Geral de Justiça (art. 147 da Constituição amapaense) contraria os princípios da independência e autonomia do Ministério Público.** 5. Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4.807/AP e 4.808/AP julgadas prejudicadas, quanto ao art. 12 da Lei Complementar amapaense n. 9/1994 e à Resolução n. 119/2012 da Assembleia Legislativa do Amapá. Na parte remanescente, ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade das expressões “por deliberação do Poder Legislativo ou” e “em ambos os casos” do art. 147 da Constituição do Amapá. (ADI 4807, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 20-05-2019 PUBLIC 21-05-2019).

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO PODER EXECUTIVO – IMPOSSIBILIDADE – AUTONOMIA INSTITUCIONAL COMO GARANTIA OUTORGADA AO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DAS EXPRESSÕES CONSTANTES DA NORMA IMPUGNADA - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. - **A alta relevância jurídico-constitucional do Ministério Público - qualificada pela outorga, em seu favor, da prerrogativa da autonomia administrativa, financeira e orçamentária - mostra-se tão expressiva, que essa Instituição, embora sujeita à fiscalização externa do Poder Legislativo, com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas, dispõe de uma esfera própria de atuação administrativa, livre da ingerência de órgãos do Poder Executivo, aos quais falece, por isso mesmo, competência para sustar ato do Procurador-Geral de Justiça praticado com apoio na autonomia conferida ao “Parquet”.** A outorga constitucional de autonomia, ao Ministério Público, traduz um natural fator de limitação dos poderes dos demais órgãos do Estado, notadamente daqueles que se situam no âmbito institucional do Poder

Executivo. A dimensão financeira dessa autonomia constitucional - considerada a instrumentalidade de que se reveste - responde à necessidade de assegurar-se, ao Ministério Público, a plena realização dos fins eminentes para os quais foi ele concebido, instituído e organizado. Precedentes. Doutrina. - Sem que disponha de capacidade para livremente gerir e aplicar os recursos orçamentários vinculados ao custeio e à execução de suas atividades, o Ministério Público nada poderá realizar, frustrando-se, desse modo, de maneira indevida, os elevados objetivos que refletem a destinação constitucional dessa importantíssima Instituição da República, incumbida de defender a ordem jurídica, de proteger o regime democrático e de velar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis. - O Ministério Público - consideradas as prerrogativas constitucionais que lhe acentuam as múltiplas dimensões em que se projeta a sua autonomia - dispõe de competência para praticar atos próprios de gestão, cabendo-lhe, por isso mesmo, sem prejuízo da fiscalização externa, a cargo do Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, e, também, do controle jurisdicional, adotar as medidas que reputar necessárias ao pleno e fiel desempenho da alta missão que lhe foi outorgada pela Lei Fundamental da República, sem que se permita, ao Poder Executivo, a pretexto de exercer o controle interno, interferir, de modo indevido, na própria intimidade dessa Instituição, seja pela arbitrária oposição de entraves burocráticos, seja pela formulação de exigências descabidas, seja, ainda, pelo abusivo retardamento de providências administrativas indispensáveis, frustrando-lhe, assim, injustamente, a realização de compromissos essenciais e necessários à preservação dos valores cuja defesa lhe foi confiada. - Suspensão, com eficácia "ex nunc", da execução e da aplicabilidade das expressões "e do Ministério Público" e "e do Poder Executivo", constantes do § 1º, do art. 55, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. - A questão dos controles interno e externo da atividade financeira e orçamentária dos órgãos e entidades do Poder Público e a relação de complementaridade existente entre esses tipos de controle. (ADI 2513 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado

em 03/04/2002, DJe-048 DIVULG 14-03-2011 PUBLIC 15-03-2011 EMENT VOL-02481-01 PP-00035 RTJ VOL-00218-01 PP-00109).

Alisando o teor dos julgados acima citados, soa no mínimo contraditório o STF confirmar a autonomia e independência do Ministério Público dos Estados em diversos temas e, especificamente, no tema conflito de atribuições fixar que cabe ao Procurador-Geral da República decidir o conflito, desconsiderando a clara e evidente autonomia constitucional do Ministério Público Estadual e a ausência de qualquer hierarquia sobre seus membros ao PGR.

O argumento exposto pelo STF de que o Ministério Público é uno é indivisível, por isso a solução deve ser atribuída ao PGR, é por demais frágil, pois há tempos a doutrina já alerta de que o princípio da unidade deve ser entendido como uno por ser um só corpo institucional orientado para a mesma missão constitucional, pois tanto o Ministério Público da União, quanto o Ministério Público dos Estados (divisão orgânica típica de uma Federação), **cada um dentro de suas atribuições e dentro de suas autonomias**, atuam como partes indissociáveis do mesmo corpo para cumprir sua finalidade institucional. Assim, por exemplo, afasta-se a necessidade de mais de um ramo do Ministério Público atuar no mesmo processo (GARCIA, 2014, p. 122-124).

Ademais, o princípio da indivisibilidade consiste, **respeitando as estruturas organizacionais próprias de cada ramo do Ministério Público**, na possibilidade de seus membros serem substituídos, **dentro do mesmo ramo**, uns pelos outros, pois a atuação não é pessoal, mas sim da instituição a que pertence (GARCIA, 2014, P. 138-139).

Ou seja, em outras palavras, os princípios da unidade e indivisibilidade, não decorrem do Ministério Público estar todo vinculado a um só chefe da instituição, pois na ordem constitucional há dois Ministérios Públicos bem distintos e sem subordinação, um da União e outros dos Estados, conforme estabelece o art. 128, I e II, da CF.

Com muita lucidez, é o magistério de Hugo Nigro Mazzili (2014, p. 130-134), já que sob o ponto de vista dos vários órgãos do Ministério Público brasileiro, não há verdadeira unidade “como entre nós se pode ver com maior evidência, diante do nosso estado federado, pela ausência de vínculos entre o procurador-geral da República e os procuradores-gerais de Justiça nos Estados”. Segundo o mesmo autor: “unidade alguma existe entre o Ministério Público Federal e os dos Estados, nem entre o de um Estado e o de outro”.

Diante de todo o exposto, não se mostram adequadas e constitucionais as propostas do Senado e da Câmara dos Deputados que atribuem, respectivamente, ao STF ou ao PGR a decisão do conflito de atribuições

entre órgãos do Ministério Público de diferentes Estados ou entre órgãos do Ministério Público da União e de Ministérios Públicos Estaduais.

Diante do impasse, **há duas soluções constitucionalmente** possíveis: **uma**, tratar a solução do conflito de atribuições da mesma forma como é solucionado o conflito de competência, ou seja, ser dirimido pelo STJ, pela interpretação analógica ou por simetria constitucional ao art. 105, I, “d”, da CF, retornando, assim, a jurisprudência inicial defendida pelo STF; **duas**, atribuir a solução do conflito ao CNMP, conforme a última posição do STF no julgamento da ACO 843 e da Pet. 4575, nos termos do art. 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal.

Em relação à **primeira solução sugerida**, não se desconhece que a doutrina e a jurisprudência entendem que a competência expressa na Constituição para os Tribunais não pode ser ampliada ou estendida por interpretação, pois violaria a previsão do constituinte originário. Todavia, o mesmo efeito ocorre com a aplicação do princípio da simetria constitucional, inclusive para fixação de competência de Tribunais, como adiante se demonstrará, sem qualquer insurgência da doutrina ou jurisprudência. Ademais, a previsão no Projeto de NCPP deixaria de ser mera interpretação e passaria estar expressamente prevista na legislação<sup>335</sup>.

Ora, é regra básica de direito que às situações idênticas deve ser dado soluções idênticas, sob pena de se violar o princípio constitucional da igualdade. Aliás, é pacífico que o princípio da igualdade consiste em tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade, sendo que para eventual *discrimen* deve haver justificativa plausível. No caso em análise, não há qualquer justificativa para tratar de forma diversa o conflito de atribuição do conflito de competência, ambos devendo ser julgados pelo STJ.

Além disso, outro princípio constitucional amplamente aceito na doutrina e aplicado pela jurisprudência, inclusive do STF, é o princípio da simetria constitucional, o qual se aplicado ao caso em análise conduz a mesma conclusão, ou seja, por simetria constitucional caberia ao STJ julgar os conflitos de atribuições entre órgãos do Ministério Público à semelhança do conflito de competência. Exemplo clássico da aplicação da simetria constitucional é a súmula 702 do STF, *mutatis mutandis*: “A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum

---

<sup>335</sup> Por amor ao debate e honestidade jurídica, há de se registrar que, mesmo a previsão legislativa no NCPP poderia ser objeto de questionamento e divergência, pois esta competência do Tribunal Superior não está prevista na Constituição e não deveria ser criada por lei ordinária, mas sim por emenda constitucional, todavia isto seria tema para aprofundamento em outro artigo, havendo argumentos jurídicos para ambos os lados.

estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.”

Ou seja, mesmo sem previsão expressa na Constituição, por interpretação analógica (igualdade) ou por simetria constitucional, o conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público deve ser julgado pelo STJ.

Portanto, nada mais coerente e adequado constitucionalmente, que o Projeto de NCPP prever expressamente que o conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público seja dirimido pelo STJ, colocando um fim legislativo e adequado à controvérsia, a qual respeita o princípio da simetria constitucional e a autonomia constitucional do Ministério Público Estadual.

A mesma solução legislativa é defendida por Vilvana Damiani Zanellato, ao analisar a temática:

Contudo, ainda que corretíssima a decisão quanto à exclusão da competência do Supremo Tribunal Federal, entende-se que a Corte não se recobrou de modo totalmente acertado. Isso porque, muito embora tenha afastado sua jurisdição nos casos em comento, passou a reconhecer que a dissonância pertinente à atribuição de referidos membros deve ser decidida pelo Procurador-Geral da República. [...]. (2017)

E, a mesma autora acima citada arremata:

Se um membro do Ministério Público do Estado declina de sua atribuição para exercer o múnus em determinado procedimento, ao argumento de que esse é do Parquet Federal, por qual razão, ainda que em decorrência da simetria, não se compreende nos mesmos moldes dos conflitos de jurisdição?

Se esses mesmos membros, para prosseguir com o procedimento e judicializá-lo ou promover seu arquivamento, necessitam, na maioria das hipóteses, da decisão judicial, por que não subentender que o conflito – embora não haja qualquer pronunciamento de magistrado, mas desse dependerá para prosseguir ou cessar o procedimento – é de jurisdição, ainda que futura? [...]

Então, por mais que se argua que o Ministério Público é instituição una e indivisível, não se pode vender os olhos e olvidar-se que tanto a Constituição da República quanto os Estatutos que tratam da organização desses órgãos em suas esferas federal



e estadual promovem divisão funcional que os levam a chefias diversas quando o tema cuida de suas atribuições.

Assim, nem Supremo Tribunal Federal nem Procurador-Geral da República encontram guarida legal para dirimir conflito de atribuições desse jaez.

**A competência, a título do que ocorre com os conflitos de jurisdição, há de ser resolvida pelo Superior Tribunal de Justiça.** (2017, grifou-se)

Todavia, esta proposta legislativa deve ter o devido cuidado com a redação do dispositivo, assim como fez o Projeto Substitutivo da Câmara dos Deputados, pois não são todos os conflitos de atribuições que precisam ser regulamentados no Projeto de NCPP, já que muitos conflitos de atribuições já possuem previsão legal de solução, como, os já citados, art. 10, X, da Lei n. 8.625/93 e arts. 26, VII; 62, VI e 136, VI, todas da LC n. 75/93.

Assim, deve ser mantida parte da redação do art. 151, do Projeto de NCPP, **retirando-se** apenas a “hipótese de conflito entre órgãos do Ministério Público da União”, pois já solucionado na LC 75/93 e **alterando** a competência de julgamento para o STJ.

Dessa forma, a primeira proposta aqui defendida pode ser sintetizada no seguinte enunciado legislativo: “Art. 151. Cabe ao **Superior Tribunal de Justiça** dirimir conflito de atribuições entre **órgãos do Ministério Público Estadual de diferentes Estados**, ou entre os **órgãos do Ministério Público da União e do Ministério Público dos Estados.**”

Em relação à **segunda solução sugerida**, trata-se da última posição adotada pelo STF, atribuindo à solução deste conflito ao CNMP. Segundo o voto do Ministro Alexandre de Moraes na ACO 843:

A interpretação sistemática da Constituição Federal, após a edição da EC 45/2004, aponta como mais razoável e compatível com a própria estrutura orgânica da Instituição reconhecer no Conselho Nacional do Ministério Público a necessária atribuição para solucionar os conflitos de atribuição entre seus diversos ramos, pois, constitucionalmente, tem a missão precípua de realizar o controle de atuação administrativa e financeira do Ministério Público. (...)

A interpretação sistemática dos preceitos constitucionais da Instituição, portanto, aponta a competência do Conselho Nacional do Ministério Público para dirimir essa modalidade

de conflito de atribuição com fundamento no artigo 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal. Com amparo nesses preceitos constitucionais, estaria o referido órgão colegiado, ao dirimir o conflito de atribuição, exercendo o controle da atuação administrativa do Ministério Público e, ao mesmo tempo, zelando pela autonomia funcional e independência da instituição.

A solução de conflitos de atribuições entre ramos diversos dos Ministérios Públicos pelo CNMP é a mais adequada, pois reforça o mandamento constitucional que lhe atribuiu o controle da legalidade das ações administrativas dos membros e órgãos dos diversos ramos ministeriais, sem ingressar ou ferir a independência funcional.

Defendendo a mesma solução, Rômulo de Andrade Moreira afirma: “entendemos que seria mais adequado, seja do ponto de vista do acima analisado sistema acusatório (art. 129, I, da Constituição Federal), seja sob o prisma institucional (art. 127, §§ 1º. e 2º., da Carta Magna), seja sob o aspecto constitucional (art. 130-A, § 2º. da Constituição Federal), que tais conflitos de atribuição fossem decididos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, órgão constitucionalmente legitimado para o controle do “cumprimento dos deveres funcionais de seus membros” (2016).

Esta mesma solução é defendida pela Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPGE), através da Comissão Especial encarregada da Análise do Substitutivo ao Projeto de Lei n. 8.045/2010.

Assim, a redação legislativa para esta segunda proposta pode ser sintetizada no seguinte enunciado legislativo: “Art. 151. Cabe ao Conselho Nacional do Ministério Público dirimir conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público Estadual de diferentes Estados, ou entre os órgãos do Ministério Público da União e do Ministério Público dos Estados.”

Por fim, não se desconhece que as atribuições do Conselho Nacional do Ministério Público, pela Constituição, se limitam as atividades de controle da atuação **administrativa e financeira** do Ministério Público e do **cumprimento dos deveres funcionais de seus membros**, nos exatos termos do art. 130-A, § 2º, da CF, motivo pelo qual a solução pode encontrar certa resistência na doutrina, já que a solução do conflito de atribuições se insere nas atividades finalísticas do Ministério Público. Todavia, mesmo assim, a solução ainda é viável pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Em conclusão do tema conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público, constata-se a grande responsabilidade do legislador

em encontrar uma solução adequada constitucionalmente, que reclama pacificação e harmônica com a Constituição, respeitando as competências dos órgãos jurisdicionais e a autonomia do Ministério Público dos Estados, evitando-se um retrocesso legislativo.

## 5 CONCLUSÃO

Ao analisar detidamente os dispositivos legais do Projeto do Novo Código de Processo Penal (NCPP), na versão em trâmite na Câmara dos Deputados, sobre o incidente de deslocamento de competência para Justiça Federal em caso de grave violação de direitos humanos, sobre o conflito de competência entre juízos e sobre o conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público, constata-se que o Projeto carece de importantes ajustes legislativos.

Com efeito, o Projeto regulamenta, de forma inédita e adequada, o incidente de deslocamento para ao Justiça Federal em caso de grave violação de direitos humanos, mantendo-se fiel ao texto constitucional. Todavia, é necessário adequar o texto legislativo para não restringir o deslocamento de competência apenas da Justiça Estadual para a Federal, pois não há esta limitação do texto constitucional.

Já, em relação ao conflito de competência, o Projeto não traz alterações substanciais sobre o processamento deste conflito, sendo necessário apenas, para coerência e completude do sistema, a previsão expressa do assistente no art. 148 e a previsão do art. 150 se estenda também para o conflito positivo, com a ressalva expressa de decisão diversa do Relator do processo do conflito.

Por fim, a parte mais delicada e controversa, o ponto do Projeto que disciplina o conflito de atribuições entre alguns órgãos do Ministério Público. Embora a Proposta reflita o posicionamento anterior do STF, constata-se que submeter a solução do conflito ao PGR trata de maneira diferente situação semelhante ao conflito de competência, violando os princípios da igualdade e da simetria constitucional, bem como representa um grave retrocesso na defesa da autonomia dos Ministérios Públicos de todos os Estados da Federação.

Assim, de *lege ferenda*, as soluções jurídicas mais adequadas ao texto Constitucional são: **a)** a previsão legal para que o conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público de Estados diversos, ou entre estes e Membros do Ministério Público da União, seja dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), à semelhança do que ocorre em conflitos de competência; ou **b)** seja decidido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, nos termos da última e mais recente decisão do STF, com fulcro no art. 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 03 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 03 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em: 03 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. **Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8625.htm). Acesso em: 03 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 8.045, de 21 de dezembro de 2010. **Projeto Substitutivo. Institui o Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 03 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 156, de 23 de abril de 2009. **Institui o Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 03 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 05 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 05 jan. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Conflitos de atribuições entre Ministérios Públicos devem ser decididos pelo PGR: posição contrária**. In: Revista Carta Forense, maio 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/>

artigos/conflitos-de-atribuicoes-entre-ministerios-publicos-devem-ser-decididos-pelo-pgr--posicao-contraria/17533. Acesso em: 05 jan. 2020.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal – Volume Único**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Procurador-Geral da República não pode dirimir conflito de atribuição entre os Ministérios Públicos dos estados, decidiu o Supremo Tribunal Federal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4570, 5 jan. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45598>. Acesso em: 05 jan. 2020.

ZANELATO, Vilvana Damiani. **Atribuições tem limite!** In: Canal de Ciências Criminais, maio 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/atribuicoes-tem-limite/>. Acesso em: 05 jan. 2020.



## ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DAS AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO: DA REVISÃO CRIMINAL, DO *HABEAS CORPUS* E DO MANDADO DE SEGURANÇA

Helton Fonseca Bernardes<sup>336</sup>

**Resumo:** Pretende-se através desse artigo efetuar uma análise crítica das propostas legislativas referente às ações autônomas de impugnação (*Habeas Corpus*, Revisão Criminal e Mandado de Segurança criminal), com o intuito de contribuir na elaboração legislativa do projeto legislativo apresentadas pelo Deputado Hugo Leal no Projeto de Lei n. 8.045/2010 – Novo Código de Processo Penal.

**Palavras-chave:** Ações autônomas de impugnação de atos e decisões judiciais - revisão criminal – *habeas corpus* – mandado de segurança criminal.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Revisão criminal. 3. Habeas corpus. 4. Mandado de segurança criminal. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O atual Código de Processo Penal, aprovado em 3 de outubro de 1941, sofreu inúmeras modificações ao longo destes mais 80 anos, adequando-os às modernidades e exigências do da vida contemporânea.

Entretanto, todas estas mudanças foram paliativas, pontuais, de forma que o nosso Diploma Processual Penal jamais conseguiu alcançar um corpo coeso e uniforme, exigindo-se, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, inúmeras solicitações para a abertura de processo legislativo para a consolidação e atualização completa do sistema processual pátrio.

Diante da necessária adequação da lei, foi instituído em 21 de março de 2019, com base no artigo 35, inciso II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a Comissão Especial para proferir a análise do Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, sob a presidência do Deputado Fábio Trad.

Restou designado para a relatoria das ações de impugnações o Deputado Hugo Leal, que apresentou recentemente o seu Relatório Parcial quanto ao conteúdo do Livro IV – Das Ações de Impugnações, regulamentando a Revisão Criminal, o *Habeas Corpus* e o Mandado de Segurança.

Não obstante estarem os dois primeiros institutos previstos nos Capítulos VII e X do Livro III, relativos aos recursos do atual Código de Processo

---

<sup>336</sup> Mestre em Direito Público pela UnB/Brasília e Mestre em Democracia y Buen Gobierno pela USAL/Salamanca. Procurador de Justiça do MP-MS. Coordenador do CAOCRIM do MPMS.

Penal – CPP, enquanto o mandado de segurança encontra-se regulamentado em lei própria – Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, entendo como correta a proposta efetuada para a localização destes institutos em Livro próprio, pois essas ações, ainda que se assemelhem à verdadeiros procedimentos recursais, representam na realidade verdadeiras ações de garantias constitucionais, ou mesmo, se preferirem, ações autônomas de impugnação de atos e decisões judiciais (PACELLI, 2011, p. 912), vez que previstos explicita e implicitamente em nossa Carta Magna.

Pretende-se, neste estudo, efetuar algumas observações quanto aos dispositivos legislativos apresentadas pelo Deputado Hugo Leal, no 10º Relatório-Parcial ao Projeto de Lei 8.045, de 2010, efetuando análise crítica das propostas legislativas com base nas interpretações fornecidas pela doutrina e jurisprudência quanto à matéria.

Portanto, não se trata de um estudo acadêmico, voltado à aplicação e interpretação das normas jurídicas em vigor pelos operadores do direito, mas sim da formatação primária da norma processual penal, de forma que este estudo é dirigido, portanto, ao Congresso Nacional, com o intuito exclusivo de contribuir para a discussão e aperfeiçoamento da nova legislação que se avizinha.

## 2 DA REVISÃO CRIMINAL

Como afirmado anteriormente, o dispositivo relativo à revisão criminal se encontrava imbicado no Livro III, Capítulo VII, do atual CPP, na parte relativa aos recursos, estando agora, corretamente, previsto no Livro IV do Projeto de Lei nº 8.045/2010, de elaboração do Novo Código de Processo Penal – NCPP, reservado às ações autônomas de impugnação, que também regulamentará o mandado de segurança e o *habeas corpus*

A nova alocação deste instituto junto aos *writs* constitucionais do *habeas corpus* e mandado de segurança não é de todo descabido, vez que a revisional constitui um verdadeiro processo de garantia constitucional (SILVA, p. 21-22; e NUCCI, 2014, p. 1174), possuindo fundamento jurídico nos incisos LXXXV (*O Estado indenizará o condenado por erro judiciário*) e XXXV (*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*) do artigo 5º da Constituição Federal - CF, de forma que a revisional venha a ser creditada implicitamente na Constituição como um instrumento processual colocado à disposição do cidadão para rescindir a sentença condenatória que venha a ser eivada de erro.

E correto tal dimensionamento, já que a revisional criminal possui natureza autônoma ao processo de origem, seguindo o legislador idêntica interpretação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal - STF (RHC 133044;



Julg. 15/03/2016) e Superior Tribunal de Justiça - STJ (REsp 1.664.607; Julg. 21/08/2018), que reconhecem não ser a revisional uma espécie de recurso passível de ser impetrado nos autos principais, mas ao contrário, é ação totalmente independente à ação penal de conhecimento, não obstante possuir idêntica natureza de impugnação penal da apelação, conforme bem observa o Des. Ronaldo Moreira da Silva (2016, p. 19), porquanto seu resultado teria o objetivo de desconstituir a coisa julgada, reformando a decisão condenatória definitiva na qual não mais possui qualquer meio de impugnação pela via recursal, no que é seguido por outros doutrinadores (GRINOVER *et ali*; p.305).

Correto, portanto, a nova alocação deste instituto processual em Livro próprio, seguindo a orientação jurisprudencial e doutrinária quanto à matéria.

Em relação ao objeto da revisional, o projeto inova em relação à atual legislação, ao incluir expressamente no inciso I do artigo 655, junto à sentença condenatória transitada em julgado, a sentença de aplicação de medida de segurança, acompanhando o posicionamento dos tribunais que já a admitiam como objeto da revisional (STJ; HC 310.292; DJE 28/08/2017), e com razão, pois a aplicação da medida de segurança é tida como sentença absolutória “imprópria”, fundada no artigo 386, inciso VI, do atual CPP, de forma que mesmo sendo essa decisão classificada como de absolvição, a sua prolação exige o reconhecimento de autoria e materialidade do crime (NUCCI, p. 777), deixando-se de aplicar a sentença condenatória pela incidência de circunstância que excluam o crime devido à inimizabilidade do agente prevista no artigo 26 do Código Penal – CP, gerando, conseqüentemente, a aplicação da medida de segurança de internação ou tratamento ambulatorial previstos no artigo 97 do CP, fazendo, na prática, que seus efeitos sejam inerentes a de uma sentença condenatória, pois o internado não ficará livre da imposição de restrições aos seus direitos, em especial à sua liberdade.

A desconstituição da sentença condenatória ou de medida de segurança transitadas em julgado pressupõe a existência de erro em sua prolação, seja esse decorrente de *error in procedendo* ou *in judicante*<sup>337</sup>, e da qual não cabem mais nenhuma espécie de recurso para sua reanálise, conforme precedentes do STJ (RevCr 4.944; Julg. 11/09/2019), demonstrando que a ação impugnativa autônoma tem por objetivo primordial evitar a ocorrência e perpetuação do erro judiciário, ainda que a decisão condenatória tenha transitado em julgado, já que o sistema processual brasileiro prioriza a estabilidade de decisões justas, permitindo a revisão de pronunciamento judicial que esteja eivado por erro (BRASILEIRO, p. 1773).

<sup>337</sup> Sob tal aspecto, há de asseverar que o *error in judicando* consiste na decisão de mérito proferida mediante um erro de fato, ou seja, quando interpreta como verdadeiro fato desconforme à realidade processual, me mesmo mediante erro de direito, por valorar juridicamente o quadro fático de forma equivocada, conquanto o *error in procedente* na violação explícita da regra procedimental.

Sob tal auspício, entendo que toda e qualquer sentença penal condenatória ou de absolvição imprópria pode ser questionada nos tribunais, inclusive as sentenças decorrentes do tribunal do júri, não obstante o princípio da soberania dos veredictos, conforme já afirmado por Pacelli (2011, p. 915) e Capez (2011, p. 823), pois os princípios da soberania dos veredictos e da garantia do Tribunal do Júri constituem garantias constitucionais individuais, idealizadas para a proteção dos direitos da defesa e do réu, razão pela qual não poderiam tais garantias atuarem contra seus próprios interesses, de forma que a ausência de previsão expressa no texto legislativo quanto à possibilidade da decisão proferida pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri ser também, explicitamente, prevista como objeto da revisional, constituiu uma falha que ensejará, desnecessariamente, a intervenção do judiciário para dirimir o alcance da nova normativa.

Tal qual toda peça processual, a impetração da revisional exigirá a observância de determinadas condições de admissibilidade para o seu conhecimento, vez que, seguindo a sistemática processual, qualquer ação exige o preenchimento dos requisitos mínimos de procedibilidade da ação e dos pressupostos processuais.

Sob tal aspecto, a previsão legislativa para o NCPP não trouxe nenhuma modificação fundamental quanto aos conteúdos dos pressupostos processuais de admissibilidade da ação revisional, fazendo com que a matéria continue a ser regida pelos idênticos fundamentos da atual legislação, no que entendo correta, vez que a matéria encontra-se perfeitamente delineada e arraigada no sistema processual pátrio, que atendem de forma eficiente aos objetivos da referida ação autônoma de impugnação, havendo tão somente a necessidade de poucas modificações pontuais, tal como ocorreu em sua maior parte, pela inclusão no texto legislativo das interpretações jurisprudenciais consolidadas pelos tribunais de cúpula.

Diante das premissas acima, interessante observar que as principais circunstâncias fáticas e jurídicas de aplicação da revisão criminal previstas no artigo 655 do Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, reproduzem os mesmos critérios de admissibilidade da atual legislação processual penal, sem exaurir todas as suas hipóteses, vez que impossível prever todas as possibilidades de averiguação de erro judicial, devendo, no entanto, ser a revisional fundamentada, no mínimo, em um dos três requisitos dispostos no referido artigo.

Art. 655. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória ou a que impôs medida de segurança for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

- II- quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III- após a sentença, se forem descobertas novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Em relação à primeira incidência, torna-se possível o manuseio da revisional sempre que a sentença condenatória ou a de aplicação da medida de segurança for contrária ao texto expresso da lei penal, ou seja, aquela que não procede como determina a legislação penal em vigor quando da prolação da sentença, ou quando seus fundamentos, de mérito ou de fixação da pena, não encontram guarida na legislação vigente, seguido a interpretação jurisprudencial quanto à matéria (STJ - AGRG no AREsp n. 734.052/MS; julg. em 10/12/2015).

Nesse sentido, apesar do projeto referir-se ao texto expresso da lei, não restou delimitado na previsão legislativa a circunstância de ocorrência da declaração de inconstitucionalidade ou da *novatio legis* mais benéfica e que venham a descriminalizar qualquer conduta (*abolitio criminis*) ou beneficiar, de qualquer modo, a pena do condenado, seguindo aqui o legislador, ao que parece, a previsão expressa do artigo 66, I, da Lei das Execuções Penais – LEP e Súmula 611 do STF (“Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”), bem como a doutrina balizada sobre a questão, relegando a competência para sua análise à vara das execuções penais, evitando-se com isso a supressão da jurisdição de primeiro grau (PACELLI; p. 916).

Entretanto, a despeito da regulamentação acima referida, não são raros os julgados em que se tem admitido a impetração da revisional para discutir a *abolitio criminis*, seja essa derivada de lei ou em decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, circunstâncias que ensejam em seu conhecimento, inclusive pelo próprio STF:

1. “A inadmissão da revisão criminal em razão de meras variações jurisprudenciais, ressalvadas situações excepcionais de *abolitio criminis* ou declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais (inclusive *incidenter tantum*), é historicamente assentada por esta corte (RE 113601, Primeira Turma, rel. min. Moreira Alves, j. 12/06/1987; RVC 4645, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 01/04/1982)” (RVC nº 5.457/SP-Agr, Tribunal Pleno, relator o Ministro Luiz Fux, dje de 11/10/17).
2. agravo regimental a que se nega

provimento. (STF; HC-AgR 153.805; Segunda Turma; Rel. Min. Dias Toffoli; DJE 17/10/2018).

Nestes termos, se consideramos que tais circunstâncias excepcionais, por constituírem matéria de ordem pública, podem ser conhecidas de ofício, em qualquer oportunidade e instância, tal como aplicado pelos tribunais, não encontro fundamentos para que tais questões não possam constituir objeto da revisional, sendo de bom alvitre a sua inclusão no texto legislativo, como ação concorrente à prevista na execução penal, evitando maiores prejuízos ao condenado que verá perdurar a sentença condenatória mesmo diante da *abolitio criminis*.

Neste ponto, conforme jurisprudência acima transcrita, convém ressaltar que a mera divergência ou alteração de orientação jurisprudencial anterior continuam não albergadas pelo projeto legislativo em discussão, já que tal matéria fugiria do rol taxativo do então art. 621 do CPP, seguindo aqui os precedentes do STF (HC-AgR 153.805; DJE 17/10/2018) e STJ (AgRg-REsp 1.816.088; Julg. 06/08/2019) e a doutrina (NUCCI, p. 1179), sob a justificativa de que a norma penal, devido à nova interpretação dada à sua aplicação, continuaria intacta, sem sofrer qualquer espécie de alteração.

Segue a hipótese *in fine* do inciso I, a regulamentação disposta no atual CPP, permitindo a reforma da sentença condenatória quando a mesma estiver em total dissonância com os elementos probatórios produzidos durante a instrução da persecução penal.

Neste caso, ao contrário da figura prevista no inciso III, não há que se falar em novos elementos probatórios, mas sim às provas preexistentes nos autos, de forma que a revisional deve demonstrar, de forma inequívoca, que o decreto condenatório estaria permeado por grave erro na interpretação das provas constantes dos autos da ação penal de conhecimento, demonstrando o equívoco da decisão judicial condenatória devido à incorreta valoração das provas ou por ignorá-las totalmente. Entretanto, continua a previsão legal a ser interpretada de forma restrita, impedindo que a revisional seja utilizada para reanálise do quadro fático discutido nos autos, já que vedada sua utilização como uma espécie de segunda apelação, seguindo aqui o posicionamento da doutrina (BRASILEIRO, p. 1785) e da jurisprudência (STJ; AgRg-REsp 1.781.148; Julg. 15/10/2019).

Na sequência lógica na parte *in fine* do inciso antecedente, o segundo inciso permite a revisão da sentença condenatória quando fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, já que as informações equidistantes da veracidade fazem com que estas provas sejam carecedoras de qualquer validade, portanto incapazes de fundamentar

qualquer decisão condenatória. Entretanto, nem toda prova falsa é capaz de ensejar na nulidade do decreto condenatório, mas tão somente a prova acoimada de falsa que tenha efetivamente influenciado na condenação, como afirma Renato Brasileiro (2016, p. 1785).

Há de asseverar ainda, que a falsificação ora mencionada não pode ser confundida com perícia, informações ou documentos incompletos ou equivocados quanto à sua forma ou conteúdo, vez que nestes casos não se tratam de falsificação ou adulteração, mas sim de incompletude, de forma que a confecção de novos documentos ou de perícias complementares, ou quando novos depoimentos são produzidos para esclarecerem aqueles tidos por incompletos, estaríamos diante de novas provas, incidindo a fundamentação nestes casos nas circunstâncias do inciso III, demonstrando que o projeto continua a seguir a atual legislação que preleciona a possibilidade do manejo da revisional diante de novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize a diminuição da pena. Assim, substancialmente, nova é a prova até então desconhecida, e não a que, já conhecida, apenas deixa de ser arguida nos autos por qualquer motivo (NUCCI; p. 1185).

Interessante observar que a ação revisional não admite dilação probatória, sendo, portanto, impossível modificar uma decisão transitada em julgado com base em prova produzida extrajudicialmente. Devendo, portanto, a alegada falsificação ou as novas provas serem judicializadas em ação autônoma cautelar de justificação, nos termos do artigo 381 e 382 constantes do Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, referente ao NCPC, afim de que sejam submetidas ao contraditório e ampla defesa, possibilitando a participação do Ministério Público na colheita, análise e validade da prova que se pretende utilizar na revisional, obtendo sentença declaratória de validade da contraprova (STJ; AgRg-AREsp 1.465.006; Julg. 07/05/2019), ou até mesmo mediante a obtenção de sentença condenatória de processo criminal por falso testemunho ou falsa perícia, como bem observa Capez (2011, p. 820).

Conforme previsão do artigo 656 da previsão legislativa, não há prazo peremptório para interposição da revisional, exigindo-se como prazo inicial tão somente a certificação do respectivo trânsito em julgado da sentença, conforme exigência do §1º do art. 659 do Projeto de Lei, o que seria lógico, já que a sentença transitada em julgado é o próprio objeto da referida ação. Porém, não existe um prazo final para sua propositura, podendo ser a revisional intentada mesmo após a extinção da pena, o que se justifica pela impossibilidade de se perpetuar no sistema judicial penal o erro judicial, devido às sequelas materiais e morais derivadas da sentença condenatória ocasionadas ao condenado e, indiretamente, a seus familiares (GRINOVER *et ali.*, p. 324.).

Diante desta premissa, seguindo a orientação do atual CPP, prevê o artigo 657 do projeto legislativo que continuam legitimados a propor a ação

revisional o apenado, pessoalmente ou por procurador, e diante de seu falecimento, por seu cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão. Inova aqui a previsão legislativa, corretamente, ao incluir no polo ativo os parceiros derivados da união estável, observando a atual regulamentação legislativa referente às entidades familiares regulamentada na Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, e artigo 1.723 do Código Civil.

Em todo caso, somente não poderá ser intentada a ação revisional quando houver a extinção de punibilidade durante a instrução processual penal, seja em decorrência de morte ou prescrição, pois nestes casos não haveria a prolação de sentença condenatória transitada em julgado, elemento *sine qua non* para a propositura da ação (GRINOVER *et ali.*, p. 315.).

Ainda que o dispositivo estabeleça a dispensabilidade do advogado para a interposição da revisional, o parágrafo único do artigo 657 também inova ao determinar que seja nomeado defensor ao condenado quando a revisional seja proposta diretamente pelo condenado, de forma a garantir que o interessado tenha assistência jurídica e que a ação venha a ser subsidiada com fundamentos de fato e de direito que permitam a correta análise do pedido. Essa novel disposição absorve a interpretação dos tribunais (STJ; HC 364.929; DJE 30/11/2016), que costumeiramente orientam que Defensores Públicos sejam nomeados para manifestarem em favor do réu nas ações propostas de próprio punho, possibilitando que as ações revisionais possam obter uma melhor delimitação jurídica e probatória, além de dar eficácia ao artigo 133 da CF (*O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*).

A grande novidade quanto aos entes legitimados a proporem a ação revisional está na inclusão do Ministério Público, seguindo o Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, a orientação já dominante na doutrina (GRINOVER *et ali.*, p. 311; e BRASILEIRO, p. 1777) e nos precedentes jurisprudenciais (STJ; REsp 1.680.390; DJE 06/11/2017), ainda que essa legitimidade ativa ainda não seja admitida pelo STF (RHC 80796; julg. 29/05/2001) e por alguns doutrinadores (CAPEZ, p. 819; e NUCCI, p. 1192). Em todo caso, e em defesa dos interesses do condenado, correta a inclusão do Ministério Público no polo ativo dos legitimados a propor a ação revisional, pois há de se entender que os seus membros não são agentes de acusação, mas sim fiscais da lei, cuja natureza é a de movimentar a máquina judicial para a consecução da justiça, razão pelo qual pode o Ministério Público requerer a absolvição sempre que entender presentes as excludentes legais ou ausência de elementos probatórios de comprovação da autoria ou materialidade, fazendo com que tal inclusão possa dirimir e pacificar a interpretação da norma por todos os operadores do direito.

Seguindo o regramento anterior, o Projeto de Lei não limita a quantidade de ações revisionais que podem ser intentadas, exigindo, porém,

que cada ação seja fundamentada em novos fundamentos não discutidos nas ações revisionais anteriores, de forma a ficar vedada a reiteração de questões probatórias ou de direito já analisadas.

Quanto ao órgão jurisdicional competente para apreciação do pedido revisional, o artigo 658 replica as disposições da antiga normativa, efetuando, corretamente, as adequações dos tribunais ora existentes na organização do Poder Judicial, estabelecendo o STF e o STJ como competentes para apreciar a revisão criminal referentes aos processos por eles decididos originalmente, seguindo seus próprios regimentos internos, conquanto que nos demais casos a revisional será julgada sempre pelo tribunal competente para o processamento recursal da ação penal de conhecimento, efetuando seu julgamento mediante a reunião das câmaras ou turmas criminais, em sessão conjunta ou pelo pleno, e nos tribunais com quatro ou mais câmaras criminais, mediante a constituição de dois ou mais grupos de câmaras ou turmas criminais. Em todo caso, o que se pretende neste caso é aumentar o número de julgadores na análise da revisional, ampliando a possibilidade de correção do erro monocrático, acompanhando aqui o posicionamento de Nucci (2014, p. 1193) quanto a matéria.

Seguindo a atual legislação processual, o artigo 659 do Projeto de Lei prevê a distribuição da revisional a um relator e a um revisor, vedando que o relator seja algum magistrado que tenha atuado de qualquer forma no julgamento de mérito da ação de conhecimento, evitando a eventual contaminação interpretativa pelo prejulgamento dos fatos daquele que já se debruçou na discussão probatória quando da análise do processo crime.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade da ação, com a juntada dos documentos legais acima já citados, serão os autos remetidos ao Ministério Público para manifestação pelo prazo de 10 (dez) dias, com idêntico prazo para análise pelo relator e revisor, determinando-se sua inclusão na pauta para julgamento pelo colegiado.

Por fim, de relevante, quanto aos efeitos da procedência da revisional criminal, estabelece o artigo 660 do Projeto de Lei, que em havendo erro judicial deverá ser retificada a sentença condenatória ou a medida de segurança, absolvendo o réu ou, se constatado erro na fixação da pena, desenvolver a adequação da pena ou do regime de pena aplicado, ficando vedado, no entanto, que a *novel* decisão venha a agravar a situação do réu.

Poderá ainda, em havendo erro em alguma fase do processo, de forma a configurar uma nulidade absoluta, irreparável ao andamento do processo, poderá ser decretada a nulidade do processo desde à fase onde se constatou a ilegalidade, determinando-se a reabertura do processo crime até nova decisão de mérito (STJ; REsp 1.304.155; DJE 01/07/2014).



O Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, conforme previsibilidade do *caput* do artigo 662, continua prevendo, corretamente, um efeito secundário quando da procedência da ação revisional, possibilitando, além da mudança da sentença penal condenatória originária, reestabelecendo a verdade processual, que seja reconhecido o direito à uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

Inova, entretanto, ao prever a dispensabilidade de pedido expresso à indenização, como previsto no artigo 630 do atual CPP, evitando que a comprovação do erro e da responsabilidade civil do Estado sejam rediscutidos no juízo cível, que ficará relegado à discussão quanto ao arbitramento dos danos materiais e morais sofridos em decorrência do erro judicial, conforme previsão do parágrafo único do artigo 662 do projeto legislativo. E com razão, vez que toda condenação injusta, prisões injustificadas, excessos de pena e outras circunstâncias que importem na coação carcerária errônea, constituem erros judiciais passíveis de indenização (DIAS: 2006, p. 882), agindo o legislador nos termos da Constituição Federal de 1988, que recepcionou em seu artigo 37, § 6º, a teoria da responsabilidade subjetiva do funcionário e a responsabilidade objetiva do estado e o direito à indenização (*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*) e o direito à indenização por erro judicial, disposto no artigo 5º, inciso LXXV, do mesmo dispositivo constitucional (*o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*).

Restará, no entanto, por ausência de clareza em sua redação, se tal responsabilidade do Estado será *in re ipsa*, aplicável a toda e qualquer espécie de erro judicial, ou se seguirá a interpretação restritiva que se exige a demonstração de dolo ou fraude por parte do magistrado (STF; ARE-AgR 1.246.152; Julg. 27/03/2020).

### 3 DO HABEAS CORPUS

O *habeas corpus* constitui ação verdadeiramente constitucional, previsto no artigo 5º, LXVIII, da CF, e sua atual regulamentação processual encontra-se atualmente no Livro III, Capítulo X, do CPP, alocando junto aos recursos processuais penais, de forma que, assim como ocorrido quanto à revisão criminal, sua alocação em Livro próprio corrige sua adequada classificação, já que o *writ* não constitui qualquer espécie de recurso (NUCCI, p. 1217), mas sim verdadeira “ação autônoma de impugnação, de natureza constitucional, vocacionada à tutela da liberdade de locomoção” (BRASILEIRO,



p. 1725). Corrige assim o legislador sua classificação ao efetuar sua disposição em livro próprio reservado às ações autônomas de impugnação.

Seguindo a orientação constitucional, o projeto legislativo confere no artigo 663 o duplo efeito que lhe caracteriza (Brasileiro, p. 1743), o liberatório, quando se dispõem a afastar o constrangimento ilegal decorrente de ofensa direta à liberdade de locomoção, e ainda uma segunda denominada de preventiva, orientada a evitar qualquer possibilidade de ameaça futura à liberdade de locomoção decorrente da iminência de ilegalidade ou abuso de poder, impedindo que a ameaça chegue a ser consumada.

Em todo caso, há de deixar consignado que a ofensa ou ameaça à liberdade de locomoção constitui o objeto específico e fechado do *habeas corpus*, seguindo a previsão legislativa as orientações predominantes quanto à matéria pelo STF e STJ, restando vedado seu uso para outros fins que não sejam os decorrentes ao denominado direito de ir e vir (STF; HC 138540; DJE 30/11/2016), podendo, entretanto, serem discutidos via *writ* as medidas acessórias quando aplicadas concomitante à prisão (STJ; HC 485.736; Julg. 09/04/2019).

Interessante observar, que para todos os casos em que não houver ofensa direta ou indireta à liberdade de locomoção, o sistema processual penal prevê expressamente inúmeros recursos ou ações próprias para a revisão de atos e decisões judiciais, fazendo com que os tribunais, adotando a interpretação sistêmica do processo, tenham vedada a sua utilização como sucedâneo recursal ou substitutivo de outros recursos ou à revisão criminal (STF; HC-AgR 137.741; RS; Julg. 25/06/2019), posicionamento corretamente recepcionado pelo projeto legislativo.

De igual forma, em respeito à expressa previsão do artigo 142, § 2º, da CF, a parte *in fine* do artigo 663, do Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, continuará a não ser permitida a impetração de *habeas corpus* em questões referentes à punição disciplinar militar, o que se justifica em razão dos militares seguirem rígida orientação lastreada na hierarquia e disciplina (NUCCI, p. 1231), de forma que a abertura de discussão quanto ao mérito da decisão do oficialato referentes à detenção disciplinar poderia colocar em risco a obediência ao comando. Não obstante tal argumento, os tribunais de cúpula romperam esse paradigma ao flexibilizar a interpretação jurídica quanto à vedação constitucional, permitindo a impetração do *writ* para questionar, exclusivamente, os aspectos formais (devido processo legal) da prisão disciplinar, permanecendo vedada qualquer incursão quanto ao mérito da decisão militar punitiva (STJ; AgInt-RHC 70.421; DJE 08/05/2017). A ausência de expressa previsão quanto à referida interpretação extensiva ensejará em novas discussões pelos tribunais de cúpula quanto ao alcance do texto legislativo, constituindo a omissão

legislativa quanto sua previsibilidade expressa, um equívoco que em nada contribuirá para a pacificação da matéria.

O Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, seguindo a orientação do atual CPP, efetua no artigo 664 um rol explicativo (NUCCI, p. 1241) e não exauriente das circunstâncias que podem constituir ilegalidade ou abuso na condução da investigação ou do processo penal:

- I – quando não houver justa causa;
- II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
- III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
- IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
- V – quando não for alguém admitido prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza;
- VI – quando o processo for manifestamente nulo;
- VII – quando extinta a punibilidade.

A esse propósito, o primeiro inciso já prevê a possibilidade de se utilizar da ação constitucional para efetuar o trancamento da ação penal ou fazer cessar os efeitos da decisão restritiva de liberdade quando não houver nenhum fundamento fático ou jurídico capaz de sustenta-las. Segue assim o projeto, corretamente, a normativa já consolidada pelos tribunais quanto a matéria, permitindo a emissão de contraordem de prisão quando ausentes os pressupostos autorizadores da medida coercitiva de locomoção (NUCCI, p. 1234), em especial o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Não se permitirá o trancamento da ação penal quando ausente justa causa para a persecução policial ou penal. Entretanto, a interpretação quanto a tal medida tem sido adotada pelos tribunais como medida extrema, de forma que seu cabimento somente será conhecido em caráter excepcional, diante de quatro circunstâncias: inépcia da denúncia, atipicidade da conduta, incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência total de indícios de autoria ou materialidade do delito (STF; HC-RO-AgR 167.680; DJE 20/05/2019 e STJ; RHC 121.239; Julg. 18/02/2020).

Diante da indefinição na previsão legislativa quanto à delimitação do texto normativo quanto ao trancamento da ação penal, este continuará a ser interpretado conforme os contornos definidos pelos tribunais.

Conforme redação legislativa, o inciso II possibilita a impetração da ação constitucional quando o acusado ou investigado estiver preso por tempo

maior ao estipulado em lei para a conclusão da investigação ou processo penal, dando eficácia à normativa do artigo 5º, inciso LXXVII, da CF, que garante a razoável duração do processo. No entanto, a jurisprudência (STJ; HC 577.357; Julg. 02/06/2020) e doutrina (BRASILEIRO, p. 959) têm admitido a prorrogação dos prazos objetivamente fixados em lei para a conclusão da formação da culpa, sem que isso configure constrangimento ilegal, desde que as circunstâncias intrínsecas à própria instrução probatória resem devidamente justificadas.

Nesse esteio, percebe-se que o prolongar do processo caracterizador de constrangimento ilegal não decorre da simples soma aritmética dos prazos abstratamente previstos na legislação processual, mas da sua ponderação com a natureza do delito e das diligências necessárias à conclusão da instrução processual, somente podendo ser reconhecido o excesso para a formação da culpa quando o alongamento da instrução for injustificável e atribuível exclusivamente ao Poder Judiciário ou aos órgãos encarregados da persecução penal, de forma que continuará em atividade as delimitações fornecidas à matéria pelos tribunais e doutrina acerca da razoabilidade e proporcionalidade da duração prisão cautelar (NUCCI, p. 1239), além de continuarem aplicadas as causas interruptivas deste prazo, tais como a Súmula n. 52/STJ: *“encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”* (STJ; AgRg-RHC 92.511; Julg. 27/11/2018).

Quanto ao terceiro inciso, adota o projeto legislativo posição já consolidada pela jurisprudência, prevendo a possibilidade de ser concedida a ordem de livramento diante da incompetência do juízo para prolatar a decisão tida como coercitiva, pois, como adverte Renato Brasileiro (2016, p. 1749), *“somente o magistrado no exercício de sua função judicante é que pode decretar a medida cautelar”*. Tal dispositivo justifica-se em razão de serem nulas as decisões proferidas por juiz incompetente, a teor do artigo 564, inciso I, do CPP.

Entretanto, por ausência na delimitação do tema, tal dispositivo continuará a ser interpretado restritivamente, já que a incompetência do juízo, territorial ou jurisdicional, para o processamento do feito deve ser analisada sob as regras inerentes à nulidade dos atos judiciais, de forma que sendo impossível a convalidação do ato ilegal pelo juiz competente, será esse nulo de pleno de direito, evidenciando neste caso a ilegalidade da prisão, permitindo a emissão da contraordem de prisão. Porém, quando os atos instrutórios ou decisórios proferidos pelo juízo incompetente sejam efetivamente ratificados pela autoridade competente, regularizando o andamento processual, o ato deixará de ser nulo, desaparecendo, por consequência, a ilegalidade do ato primário (STJ; RHC 89.896; Julg. 13/08/2019). Desta forma, mesmo diante de alguma decisão anulável (artigo 564, inciso I, do CPP), como, por exemplo, a decretação da prisão preventiva quando da realização da audiência de custódia

pelo juízo incompetente, a decisão pode ser convalidada posteriormente pelo juízo competente, desde que observado os prazos para conclusão do inquérito e oferecimento da denúncia em caso de réu preso, de forma a excluir a arguição de nulidade (STJ; RHC 95.589; Julg. 11/12/2018), admitindo os tribunais que essa ratificação possa ser, inclusive, realizada de forma implícita (STJ; HC 456.334; Julg. 18/09/2018).

O inciso IV previsto no projeto legislativo, prevê a possibilidade de ser cessada qualquer decisão restritiva de liberdade, que mesmo legal à época de sua imposição, venha a se contaminar pela cessação dos motivos que a ensejaram, o que se justifica, vez que com a consumação do fato que justificou a decretação da prisão preventiva, não mais se justificaria a perpetuação da coerção celular do indivíduo, já que os pressupostos autorizativos da decisão restritiva da prisão ou de qualquer outra medida cautelar, devem estar presentes não só quando de sua decretação, mas também “durante toda a continuidade de sua imposição no curso da persecução penal” (BRASILEIRO, p. 1750).

A questão torna-se primordial em decorrência da *novel* legislação derivada da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que ao dar nova redação ao atual artigo 316 do CPP, estabelece a obrigatoriedade de se analisar, a cada três meses, a persistência ou não dos motivos que ensejaram na decretação da medida restritiva de liberdade. Em cessando os motivos ensejadores da coação, poderá o juiz revogar, inclusive de ofício, o ato ilegal, de forma que sua omissão ou mesma a manutenção da medida coercitiva, quando não mais persistirem os motivos da preventiva, ensejará na caracterização da ilegalidade. Ainda que esta decisão comporte recurso próprio, conforme alerta Rogério Sanches (2020, p. 298), pela previsibilidade do inciso V, do artigo 581 do CPP, a medida poderá também “ser desafiada por meio de *habeas corpus*.”

Quanto à previsibilidade legislativa do inciso V (“quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza”), segue o projeto, corretamente, a disposição adotada no CPP, vez ser dominante o posicionamento jurisprudencial de que configura constrangimento ilegal a prisão do paciente com base unicamente no não pagamento da fiança, quando ausentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva (STJ; RHC 121.927; Julg. 20/02/2020).

Reside no inciso VI – processo manifestamente nulo -, a questão mais óbvia para a cessação da restrição de liberdade, pois em sendo o processo nulo de pleno direito, todos os atos judiciais realizados não poderão ser convalidados, fazendo cessar todos os seus efeitos, inclusive a decisão que tenha decretado o ato restritivo de liberdade. Porém, há de ser observado que a normativa relacionada ao processo “manifestamente” nulo, deve ser interpretado como uma referência à nulidade, absoluta ou relativa, em que

haja a comprovação do efetivo prejuízo à parte que não deu causa à nulidade (STJ; AgRg-RHC 109.459; Julg. 17/12/2019), pois, a teor do artigo 563 do CPP, adota-se no sistema processual o dogma fundamental das nulidades *pas de nullité sans grief* (STF; RHC-AgR 172.854; MG; Julg. 11/11/2019).

Devido ao princípio acima referido, Não obstante tal interpretação, mesmo reconhecendo-se a nulidade, nem sempre o ato coercitivo de restrição da liberdade pode-se acoimar de ilegal, vez que algumas espécies de nulidade relativas permitem sua convalidação ou ratificação, fazendo com eventual nulidade na decretação da prisão preventiva possa ser sanado por outro ato judicial desde que não seja a destempo, conforme observação acima realizada referente à competência.

Em todo caso, havendo o reconhecimento da nulidade insanável, conforme previsão do artigo 671 do projeto legislativo, além de conceder a ordem de soltura, a decisão determinará a renovação do ato.

O último inciso prevê a interposição da ação constitucional quando não mais subsistirem os fundamentos para o prosseguimento da persecução penal em decorrência da extinção da punibilidade, já que a ocorrência deste fenômeno jurídico enseja na a perda do direito do Estado de punir o agente autor de fato típico e ilícito. Diante desta premissa, correta a sua manutenção no texto legislativo, possibilitando a impetração de *habeas corpus* para o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado (STJ; AgRg-AREsp 1.595.223; Julg. 06/02/2020).

Quanto ao prazo para a sua interposição, o Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, não previu, corretamente, nenhuma delimitação temporal, podendo ser o *writ* interposto a qualquer momento, desde que evidenciada a concreta ou iminência de lesão ao direito de locomoção.

Seguindo a orientação do atual artigo 649 e §2º do artigo 654 do CPP, o parágrafo único do artigo 665 do projeto legislativo prevê a possibilidade de qualquer autoridade competente para apreciação do fato ou ato jurídico decidir de ofício quando averiguar a ocorrência de qualquer coação ilegal. Não havendo tal atuação, poderá o denominado paciente impetrar a ação autônoma perante o órgão jurisdicional competente para o desenvolvimento do controle das autoridades identificadas como coatora.

Quanto a este tópico, e efetuando as correções necessárias quanto à organização do Poder Judiciário, reproduz o artigo 666 do projeto do NCPP, em sua maior parte, os dispositivos constitucionais delimitadores das competências jurisdicionais, o que seria lógico, vez que a legislação infraconstitucional não poderia modificar os limites estabelecidos pela Lei Maior.

Reproduz o dispositivo legislativo a competência originária do STF nos casos dispostos no artigo 102, inciso I, alíneas *d* e *i*, da CF, e em recurso

ordinário na circunstância definida na alínea *a* do inciso II. De igual forma a competência originária do STJ será definida nos termos do artigo 105, inciso I, alíneas *b* e *c*, da CF, e de forma revisora nas circunstâncias da alínea *a* do inciso II, do referido dispositivo constitucional.

Apesar de não haver previsão no projeto de lei, o *habeas corpus* deverá ser impetrado junto ao Tribunal Regional Federal – TRF quando a autoridade coatora for Juiz Federal, conforme artigo 108, inciso I, alínea *d*, da CF.

Em sendo o ato questionado proferido por magistrados, a competência será do tribunal de sua jurisdição, e a competência das turmas recursais quando o ato ilegal ou abusivo provier do Juizado Especial Criminal, conforme previsão do inciso IV do artigo 666 do NCPP.

Já abarca o projeto legislativo a criação do juízo de garantia previsto na Lei 13.964/2019, reproduzindo a disposição do inciso XII do artigo 3º-B, estipulando ser esse o competente para análise em *habeas corpus* dos atos ilegais praticados no curso da investigação criminal, o que se justifica em razão deste ser o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal (CUNHA, p. 69), conquanto que encerrada a sua jurisdição, com a abertura da ação penal, a competência passará a ser do juiz do processo.

Como disposto na legislação anterior, o artigo 667 do Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, atribui legitimidade ativa a qualquer pessoa para impetração do *writ* constitucional, seja essa a própria pessoa atingida pela restrição ou ameaça ao seu direito à liberdade de locomoção, ou mesmo terceiros interessados em fazer cessar a ilegalidade ou coação, independente de habilitação legal ou representação de advogado, sendo inclusive dispensada a formalidade da procuração. Este terceiro sequer necessita ter qualquer vinculação jurídica com o beneficiário da ação, vez que o interesse na cessação do abuso ou da ilegalidade estatal legitimaria qualquer pessoa para a impetração da ação constitucional. Entretanto, há de esclarecer que o Regimento Interno do STF (artigo 192, § 3º, do RISTF), possibilita o não conhecimento de ações quando desautorizadas pelo paciente, evitando que a multiplicidade de ações semelhantes, pelos mais diversos motivos, possam atrapalhar as teses oficiais de defesa (STF; HC 173519, julg. 11/10/2019).

Continua também legitimado para interpor o *habeas corpus* o membro do Ministério Público, em decorrência, conforme recorda Capez (2011, p.829), de previsão expressa do artigo 32, I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12-2-1993).

A pessoa atingida pelo ato restritivo e beneficiária da ação de *habeas corpus*, denominada comumente de “paciente”, obrigatoriamente deverá ser pessoa física, vez que a jurídica, a despeito de possuir a legitimidade ativa para impetrar o *habeas corpus* e ser ré em crime ambiental, conforme previsão da

Lei 9.605/1998, pela sua própria natureza fictícia, não poderá sofrer qualquer espécie de ameaça ou restrição à liberdade de ir e vir, de forma a não poder ser paciente beneficiada pela referida ação constitucional (STJ; RHC 38.929; Proc. 2013/0206043-0; RS; Julg. 20/03/2018).

A legitimidade passiva no âmbito da presente ação é a pessoa responsável pelo ato ilegal que estaria cerceando ou ameaçando o direito à liberdade de locomoção e não a pessoa que executa a ordem, como no caso do carcereiro ou policial que executa a prisão por ordem do delegado ou juiz, por exemplo.

Através da redação dada aos artigos 667 a 679, estabelece o Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, um célere rito processual para o julgamento do *writ* constitucional, seguindo nestes termos a *praxes* forense e os regimentos internos dos tribunais quanto à regulamentação de sua impetração, mantendo, por relevante, a possibilidade da ação de impugnação ser impetrada por qualquer meio, inclusive por termo junto à secretaria do juízo, conforme previsão do §2º do art. 667, que regulamenta os pressupostos da inicial.

Continua prevendo a apresentação do paciente se o magistrado a entender necessária, podendo o ato, inclusive, ser realizado mediante videoconferência (artigo 668), prevendo punição à autoridade que desobedecer a ordem de apresentação.

De igual forma, continua o projeto legislativo prevendo a possibilidade da concessão da liminar quando evidenciada de imediato a ilegalidade do ato coercitivo, bem como a dispensa das informações, quando entenderem ser essas dispensáveis, que deverão, se solicitadas, serem prestadas no prazo de 24 horas.

O Ministério Público continuará sendo chamado ao processo para manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, conforme previsão do artigo 675, e vencido tal prazo, com ou sem a manifestação ministerial, será o procedimento incluído na primeira sessão para julgamento, podendo, justificadamente, ser adiado para a sessão seguinte.

#### **4 DO MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL**

O mandado de segurança encontra-se previsto no inciso LXIX, do artigo 5º da CF, como ação autônoma para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É, portanto, o mandado de segurança uma ação constitucional autônoma de impugnação voltada para a cassação de atos coercitivos e ilegais a direito líquido e certo efetuados por autoridade estatal (PACELLI, p. 912). Apesar de não prevista para coibir atos na jurisdição criminal, diante de sua



classificação constitucional, o *mandamus* já vinha sendo admitido na seara criminal pelos tribunais (NUCCI, 1222), de sorte ser salutar a correção efetuada pelo legislador ao admiti-lo expressamente no Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, ao incluí-lo no Livro IV, referente às ações autônomas de impugnação, consolidando todos os instrumentos processuais penais em um só diploma processual, dando-lhe unidade e sistematização.

Nesse sentido, acompanhando, em termos, as disposições da Lei 12.016/2009, que regula a impetração do mandado de segurança, o artigo 682 estabelecido no projeto legislativo, prevê que:

“Cabe mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública, ou a ela equiparada, em sede de investigação ou processo penal”.

Percebe-se claramente a opção do legislador em manter a natureza residual do mandado de segurança criminal, conforme definição efetuada por Renato Brasileiro (2016, p. 1797). Em todo caso, a grande novidade da previsão legislativa foi a ampliação desta natureza residual, restringindo ainda mais o âmbito de sua atuação na seara criminal. E correto tal posicionamento, vez que diante da natureza sistêmica do processo, e acompanhando as limitações interpretativas efetuadas pela jurisprudência e doutrina, o legislador previu outras vedações para a sua impetração, conforme normativa constante do artigo 683, em cuja redação original estabelecia três circunstâncias impeditivas, conquanto o relatório parcial do Deputado Hugo Leal se limita às duas, excluído a figura do inciso I.

A redação original estabelecia as seguintes vedações:

- I- Para atribuir efeito suspensivo a recurso;
- II- Contra ato judicial passível de recurso com efeito suspensivo;
- III- Contra decisão judicial transitada em julgado.

Essas vedações reforçam, em parte, o entendimento já consolidado pelos tribunais de cúpula, em especial as Súmulas 266<sup>338</sup>, 267<sup>339</sup> e 268<sup>340</sup> do STF, e art. 5º da Lei nº 12.016/09, passando a expressar textualmente as vedações

<sup>338</sup> Súmula 266 do STF: Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

<sup>339</sup> Súmula 267 do STF: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

<sup>340</sup> Súmula 268 do STF: Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.



legais delimitadas pelos tribunais para a interposição da ação mandamental, de forma a não permitir o conhecimento da impetração.

A primeira disposição, e excluída no Relatório-Parcial, refere-se à impossibilidade da utilização do *mandamus* para obtenção de efeito suspensivo a recurso.

Como consequência, o projeto legislativo original seguia, em termos, o posicionamento consolidado pelo STJ quanto à vedação da utilização do mandado de segurança pelo Ministério Público para obtenção de efetivo suspensivo a decisões judiciais criminais, conforme consta da Súmula de nº 604<sup>341</sup> e de sua pacífica jurisprudência (STJ; HC 473.725; Julg. 01/10/2019).

Tal questão foi abordada pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais – CNPG e pelo Grupo Nacional de Coordenadores do Centro de Apoio Criminal – GNCCRIM, de forma que fosse retirada a sua incidência do texto legal, tal como apresentado na proposta do Relatório-Parcial. É correto este posicionamento, vez que não havendo a previsibilidade de recurso específico no processo penal para a suspensão de atos que possam ser classificados como ilegais ou abusivos, os operadores do direito têm se valido da aplicação subsidiária de institutos do processo civil, conforme permissibilidade expressa do artigo 3º, do atual CPP, conforme reconhecido expressamente pelo STJ (AgRg-HC 468.265; Proc. 2018/0232683-0; Julg. 23/04/2019) e no Enunciado N. 3 do Conselho da Justiça Federal da I Jornada de Direito Processual Civil.

Nessa toada, justamente para se obter os efeitos suspensivos a recursos no processo penal, os operadores têm-se utilizados da ação cautelar inominada prevista no artigo 300 do CPC, para as mais diversas finalidades, tais como o de dar efeito suspensivo a RESE em substituição à vedação estabelecida pela Súmula 604 do STJ (STJ; HC 492.460; Julg. 16/05/2019).

Portanto, a retirada de tal vedação, tal como efetuado no Relatório-Parcial, fornecerá maior unidade e completude ao NCPP, diminuindo a utilização subsidiária de outros institutos processuais civis.

Seguindo orientação do art. 5º, II, da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 267 do STF, o projeto legislativo, corretamente, entende ser inviável a interposição da ação constitucional contra qualquer decisão que seja passível de recurso com efeito suspensivo ou correição, já que tais atos, administrativos ou jurisdicionais, possuiriam procedimentos próprios capazes de questionar a legalidade de seus atos, evitando a utilização do mandado de segurança como substituto processual à ação específica definida em lei.

Seguindo a orientação já delimitada pela Súmula 268 do STF e pela doutrina (NUCCI, p. 1224), o Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, veda também

---

<sup>341</sup> Súmula de nº 604: O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público.

o ingresso do *mandamus* contra decisão judicial transitada em julgado, por se tratar tal circunstância de objeto da ação revisional criminal (STF; ARE 1014021; DJE 31/03/2017), de forma que o alargamento dos pressupostos do *mandamus* ensejaria em sua descaracterização, passando a ser utilizado como substituto processual a outros instrumentos específicos para a correção de cada ato tido como abusivo ou ilegal.

Neste sentido, constata-se que o referido instituto segue a orientação delimitada por Pacelli (2011, p. 913), sendo possível a impetração do mandado de segurança em todas as situações em que estiver configurada a prática de ilegalidade pelos agentes públicos, em prejuízo ao regular exercício de direitos subjetivos, desde de que estes não possam ser passíveis de correção por outros instrumentos, demonstrando sua natureza residual, conforme acima mencionado.

Pelo projeto apresentado, a ação constitucional continuará a ser parcialmente regulamentada pela Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009, já que não detalhou, à miúdo, a sua impetração e tramitação, em especial junto aos juízos de primeiro grau. Assim, guardada a devida simetria com a lei especial, a utilização da ação constitucional na seara criminal exigirá a conjugação de seus dispositivos processuais penais com os previstos na legislação específica, que será aplicada como norma complementar.

Nestes termos, o direito líquido e certo descrito no artigo 682 deve ser compreendido como aquele na qual não se exige qualquer dilação probatória para ser comprovado, por ser demonstrável de plano, mediante prova pré-constituída. Assim, trata-se de direito perfeitamente determinado, a ser exercido prontamente, por ser incontestável, conforme doutrina de Alexandre de Moraes (2011; p. 166).

Em razão da necessidade da comprovação imediata do direito em questão, o artigo 686 exige que a inicial seja acompanhada dos documentos necessários à comprovação da ilegalidade ou do abuso, ônus que pertence ao impetrante, conforme regra básica processual (artigo 156 do CPP).

A ilegalidade e o abuso de poder, apesar de não delimitado no projeto legislativo, deve ser interpretado conforme as delimitações desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência, que a entendem como o ato produzido em desconformidade à lei, no primeiro caso, e na realização de ato com finalidade diversa daquela prevista em lei (desvio de poder) ou quando a autoridade, embora competente, deixe de observar as formalidades legais, ultrapassando os limites que lhe eram permitidos por lei (excesso de poder), conforme preleciona Capez (2012; p. 840).

Quanto à identificação da autoridade coatora, por ausência de previsão legislativa do Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, deve-se aplicar a disposição do artigo 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009 (“Considera-se autoridade coatora

aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emana a ordem para a sua prática”). Conforme leciona Capez (2012; p. 841), a autoridade coatora:

“Não o é, portanto, nem a autoridade que expediu normas ou recomendações gerais, nem o simples executor material da ordem. Só pode ser impetrado contra aquele que tiver poderes para desfazer o abuso.

(...) O mandado nunca é impetrado contra a pessoa jurídica de direito público ou com funções delegadas, mas contra a pessoa física que, no momento da impetração, estiver desempenhando a função da autoridade coatora”.

Por estar restrito tal ação à seara criminal, por obvio que as autoridades passíveis de serem imputadas como coatora são aquelas que desenvolvam qualquer ato administrativo ou jurisdicional na investigação criminal ou no processo penal.

Por sua vez, o legitimado ativo para impetrar o *mandamus* pode ser qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, desde que esta seja o titular do direito líquido e certo, individual (art. 21 da Lei n. 12.016/2009), atingido pela ação coercitiva estatal. Porém, ao contrário das demais espécies de ações autônomas de impugnação já discutidas neste estudo, onde o próprio interessado pode impetrar com a ação de próprio punho, no mandado de segurança o interessado, obrigatoriamente, deverá ser assistido por profissional habilitado nos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/2009.

Tal como nos demais casos, o Ministério Público também possui legitimidade ativa para a impetração do *mandamus*, nos termos do artigo 32, I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93). Porém, em sendo o Ministério Público o autor da ação de impugnação, em razão dos efeitos secundários da decisão atingir os interesses do investigado ou acusado, apesar da ausência de previsão no projeto legislativo, continuará em aplicabilidade a Súmula 701 do STF (*No Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em sede de processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo*).

Seguindo a disposição do artigo 23 da Lei n. 12.016/2009, e diante da Súmula 632 do STF (*é constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança*), o projeto do NCPP seguiu a orientação da lei especial, prevendo em seu artigo 685 idêntico prazo de 120 dias para a sua interposição, prazo esse que deve ser tido como decadencial, a ser contado a partir do conhecimento da ação tida como ilegal ou coercitiva.

A competência para o processamento do mandado de segurança segue dinâmica estabelecida pela lei especial, de forma que a competência não será

determinada apenas pela natureza do ato impugnado, mas principalmente pela categoria funcional da autoridade, atendendo-se às disposições constitucionais e as leis orgânicas quanto à regulamentação da matéria (CAPEZ, p. 843), respeitando a previsão da competência originária do STF disposta na alínea *d* do artigo 102 da CF, e em recurso ordinário nos termos da alínea *a* do inciso II, do mesmo dispositivo constitucional, ao do STJ, originalmente, nos termos do artigo 105, inciso I, alínea *b*, e dos Tribunais Federais nos termos do artigo 108, inciso I, alínea *c*, da CF, seguindo o projeto, praticamente, para os demais casos, as mesmas orientações dispostas à competência previstas ao *habeas corpus*.

Importante ressaltar que as ações mandamentais impetradas contra atos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) são de competência do STF, conquanto que as demais ações regulares devam ser impetradas originalmente no juízo federal de primeira instância, conforme decisão do STF (AO 1.814- MG, em 24/09/2014).

Quanto ao rito estabelecido pelo projeto legislativo, constata-se a pela redação do artigo 684 que a liminar deverá ser “sempre” deferida quando o ato ilegal ou abusivo estiver em confronto com as súmulas ou precedentes jurisprudenciais dos tribunais. Pela redação adotada, haveria uma imposição legislativa para a concessão da liminar nestes casos, o que se justificaria em razão da consolidação da matéria pelos tribunais, respeitando a segurança jurídica na aplicação delimitadas pelos tribunais, de forma que o ato, ao contrariar os precedentes, tornar-se-ia automaticamente ilegal ou abusivo.

Entretanto, tal dispositivo deverá ser relativizado pelos tribunais em casos excepcionais, vez que a normativa do artigo 927 do CPC prevê a possibilidade de contrariedade às súmulas e aos precedentes dos tribunais em casos de *overruling* ou *distinguishing*, exigindo-se, portanto, profunda fundamentação a justificar o afastamento das orientações dos tribunais, de forma que estas não sejam acimadas de ilegais ou abusivas.

Em todo caso, após decidir pela concessão ou não da liminar, segue o projeto a orientação da lei especial, prevendo no artigo 687 a notificação da autoridade coatora para apresentação de suas justificativas, podendo o juiz ou relator requisitar desta as informações que entender necessárias, no prazo de 10 dias. Poderá ainda requisitar a exibição de documentos pertinentes à matéria, em igual prazo, às repartições e estabelecimentos públicos.

Recebida as informações e documentos legais, estabelece o artigo 690 a intervenção do Ministério Público nas ações propostas originalmente nos tribunais, para que se manifeste no prazo de 5 dias. Há neste caso grave omissão quanto à participação do órgão ministerial nas ações propostas perante o juízo de primeira instância, tal como previsto no artigo 12 da Lei nº 12.016/2009, o que se justifica em razão das funções desenvolvidas pelo Ministério Público de

órgão essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme artigo 127 da CF, de forma que sua ausência como *custos legis* no mandado de segurança não encontra justificação legal.

Nestes casos, ainda que se possa argumentar na aplicação subsidiária da lei especial, entendo que a ausência de previsão expressa da participação obrigatória do Ministério Público trará desnecessárias discussões judiciais quanto à matéria, fazendo com que a lei processual não atinja seu objetivo de pacificar a aplicação da lei, relegando-a ao judiciário.

Vencido o prazo para manifestação ministerial, com ou sem essa, será pautado o julgamento da ação mandamental na primeira sessão prevista pelo órgão colegiado, podendo ser o mesmo adiado para a próxima sessão, conforme disposição dos parágrafos constantes do artigo 690.

A celeridade prevista no projeto de lei é correta e aconselhada, pois a perpetuação no tempo da ilegalidade ou do abuso de poder, poderá ocasionar maiores danos materiais e morais ao investigado ou acusado.

## 5 CONCLUSÃO

Interessante admitir que o Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, constitui grande avanço legislativo ao consolidar em sua normativa os posicionamentos adotados pelos tribunais pátrios quanto à regulamentação das ações autônomas de impugnação de atos e decisões judiciais referentes à revisão criminal, o *habeas corpus* e o mandado de segurança criminal, contribuindo para a consolidação da segurança jurídica tão carente neste País de confrontos jurisdicionais.

Sob tal aspecto, de forma correta, estabeleceu o projeto legislativo diversas cláusulas de admissibilidade para interposição das ações de impugnação, sem que tenha havido qualquer redução do alcance dos institutos processuais da proteção da liberdade de locomoção e direitos processuais ou penais do réu, vez que as condições de vedação para o conhecimento de uma ou outra ação autônoma não constituem obstáculo à busca pela justiça, mas apenas regulamenta, em uma interpretação sistêmica, o instituto adequado para a correção de cada ato ilegal ou coercitivo submetido à análise do poder judiciário.

A organização sistêmica das ações autônomas de impugnação faz com que suas circunstâncias *numerus clausus* de incidência não sejam taxativas, mas ao contrário, são estas meramente exemplificativas, vez que em sendo o ato questionado totalmente teratológico ou expressamente abusivo, ainda que não previsto e uma das circunstâncias enumeradas na legislação, se permitirá o conhecimento da ação com a conseqüente contraordem à ação abusiva ou ilegal acarretadas na seara criminal.

Nesse sentido, o *habeas corpus* permanece como ação de impugnação constitucional autônoma voltada exclusivamente para a proteção do direito à liberdade de locomoção, restando vedado o seu uso para outros direitos que não estejam vinculados à capacidade legal de ir e vir, assim como a sua utilização como substituto processual a outros recursos ou ações autônomas de impugnação.

A revisão criminal segue a mesma orientação, restando a sua utilização vinculada à existência de erro judicial quando o processo possuir sentença transitada em julgado, portanto impossível de ser revista pelos procedimentos recursais próprios do processo penal de conhecimento originário.

O mandado de segurança, por sua vez, constitui instrumento processual autônomo para impugnação de qualquer outro direito líquido e certo que não sejam objetos do *habeas corpus* ou *habeas data*, ou mesmo de decisões que não tenham transitado em julgado ou que não possuam qualquer possibilidade de impugnação por recurso próprio, de forma a ser classificada como ação de impugnação residual, utilizada para cobrir a insuficiência dos procedimentos processuais de coibição aos abusos e às ilegalidades praticadas na seara penal.

De toda sorte, denota-se o acerto do projeto legislativo em estabelecer uma atuação sistêmica e complementar destes institutos, fazendo com que as ações autônomas de impugnação constituam um quadro fechado e completo para correção da ilegalidade e dos abusos, permitindo que ninguém seja excluído da proteção jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

BERNARDES, Helton Fonseca. **Estratégias punitivas e legitimação**. Porto Alegre: Fabris ed., 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

COGAN, José Damião Pinheiro Machado. **Mandado de segurança na justiça criminal e ministério público: legislação, modelos de mandados de segurança. Ministério Público nas Constituições de 25 países**. São Paulo: Saraiva, 1990.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**, 11. ed., Renovar, Rio de Janeiro: 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**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Ver., ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Ronaldo Sérgio Moreira da. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura: Direito Processual Penal; A Constituição Federal e a revisão criminal**; São Paulo, ano 17, nº 44, p. 19-30, julho-setembro/2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio PACELLI. **Curso de Processo penal**. 5.ed., ver. E atual. Rio.de Janeiro: Lumen Juris, 2011. PL 8.045/2010. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>.





## ASPECTOS RELEVANTES DA DISCIPLINA DAS QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTAIS NO CPP-PROJETADO

Michel Maesano Mancuelho<sup>342</sup>

**Resumo:** O presente artigo traz brevíssimas reflexões sobre o Projeto do novo Código de Processo Penal, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, especificamente sobre a disciplina das questões e processos incidentais, assunto de elevada tecnicidade e importância, mas frequentemente sonogado pela doutrina e pelos Tribunais, para o qual apontamos os principais avanços e retrocessos.

**Palavras-chave:** Projeto do Código de Processo Penal. Questões e processos incidentes. Novidades. Críticas.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Questões e processos incidentes - 2.1. Delimitação conceitual e regime jurídico - 2.2. Identificação e regulação da cognição da questão incidental. 3. Principais alterações - 3.1. Organização estrutural - 3.2. Questões prejudiciais - 3.3. Exceções - 3.3.1. Aspectos gerais - 3.3.2. Exceção de suspeição e impedimento - 3.3.3. Exceção de incompetência - 3.4. Restituição das coisas apreendidas - 3.5. Insanidade mental do acusado. 4. Sugestões de emendas. 5. Considerações finais. 6. Referências.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há muito a doutrina apresenta críticas, muitas delas justas, ao Código de Processo Penal vigente, de 1941 (CPP-1941), nascido sob a égide de um governo ditatorial, que persistiu entre 1937 e 1945, influenciado pelo Código Rocco italiano, este de inspiração fascista e de eixo inquisitorial (GIACOMOLLI, 2015).

Vale dizer: não obstante a feição técnica que reveste o CPP-1941, subjacente a ele há forte substrato ideológico acerca do exercício do poder e de seus escopos. O contexto em que a norma jurídica foi criada é dela parte integrante, como evidencia José Eduardo Faria: “[...] a realidade participa da norma na medida em que a lógica jurídica dominante a concebe não propriamente como texto, mas sim como contexto, onde os elementos fáticos estão abstratamente representados em termos de média uniforme” (FARIA, 1978, p. 42).

---

<sup>342</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso do Sul. Coordenador Adjunto do Núcleo de Crimes Cibernéticos do MPMS. Especialista em Direito Processual Civil IBDPRO. Especialista em *Ciber Threat Intelligent* pelo Instituto Idesp -Darius. Professor de Pós-graduação.

Dada a distância temporal e por ter o CPP-1941 participado de outra realidade social, política e econômica, desde sua edição as normas que emanam da interpretação do seu texto (texto ≠ norma) foram sendo filtradas ou adaptadas à nova realidade e às normas supervenientes, notadamente a Constituição Federal de 1988 (CF), marco da redemocratização do Brasil.

Não apenas a interferência dogmática, fruto da evolução das ciências processuais penais, mas o próprio texto do atual CPP foi alterado diversas vezes, por aquilo que podemos chamar de minirreformas. Por exemplo as Leis 11.689/2008 (alterou o procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri), 11.690/2008 (promoveu alterações relacionadas à prova), 11.719/2008 (alterou diversos dispositivos) e 11.900/2009 (tratou da possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência), dentre outras.

Alterações pontuais, contudo, não deixam de provocar uma fragmentação do Código, rompendo com sua sistematicidade. A edição de um Código de Processo Penal novo, nascido no bojo da democracia, era uma necessidade cada vez mais premente.

Ademais, ampliaram-se as legislações processuais penais esparsas e, em consequências, diversos microsistemas temáticos, todos a exigir uma constante releitura das normas do CPP-1941 e o equacionamento com conflitos de textos normativos, impondo à sociedade considerável dose de insegurança a respeito das normas a serem aplicadas ao caso.

Daí o advento Projeto de Lei do Senado 156/2009, subscrito pelo então senador José Sarney a partir de anteprojeto elaborado por uma comissão de juristas, o qual, depois da tramitação no Senado, originou o Projeto de Lei 8.045/2010, da Câmara dos Deputados.

O corte de nossa abordagem restringir-se-á aos principais pontos atinentes aos arts. 458 a 487 do substitutivo apresentado (CPP-Projetado), que diz com o Título IV, *Das questões e processos incidentes*, integrante do Livro II, *do processo e dos procedimentos*.

## **2 QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES**

### **2.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E REGIME JURÍDICO**

Ensina Romeu Pires de Campos Barros que “O processo resulta de uma imputação e tem como epílogo uma sentença. Mas ocorre que, no início ou no curso da relação processual, podem surgir certos fatos que criam um episódio autônomo, necessitando a coligação de diversos atos para a solução dessa questão” (1985). Assim sendo, a decisão tomada por força desses acontecimentos tem relação com o tema ora estudado, podendo impedir

o exame do objeto material do processo, ou apenas dilatar a solução final do litígio (BARROS, 1985).

Como ciência que é – ou, pelo menos, deve(ria) pretender ser –, o Direito deve se valer de rigor terminológico. Em outras palavras: “os múltiplos significados de uma mesma palavra são uma dádiva para o poeta, mas não para o cientista” (JOUVENEL *apud* GUERRA FILHO; CARNIO, 2013, p. 177). Logo, há que se resolver o desacordo existente sobre os contornos semânticos dos vocábulos.

De início, esclareça-se que o vocábulo *questão* é entendido como ponto controvertido ou duvidoso, de fato ou de direito. Por sua vez, *ponto* é o fundamento de uma afirmação referente ao mérito, ao processo ou à ação (FERNANDES, 1991, p. 44).

Nesse passo, necessário definir as expressões: a) incidente; b) questão incidental; c) procedimento incidental. Cada um corresponde a uma categoria própria, conforme sistematização de Scarance Fernandes, na obra *Incidente Processual* (1991).

a) *questão incidental*: a questão incidental é o objeto de conhecimento do juiz, é a matéria que será resolvida. Possui como elementos essenciais a acessoriedade e acidentalidade (FERNANDES, 1991, p. 45 e 51-52). Tal matéria diz respeito à forma do processo ou, em certos casos, ao seu próprio mérito (FERNANDES, 1991, p. 57).

Acessório, porque, para sua manifestação, depende de um processo já instaurado, no qual a questão incidental produz alterações. O incidente não existe, salvo em decorrência de algo já existente. Diz-se, ainda, que a questão incidental tem na causa principal sua e razão de existência e que, extinto o processo principal, não tem sentido dar seguimento ao procedimento incidental (FERNANDES, 1991, p. 45 e 47). Daí porque uma determinada questão fática ou jurídica, por exemplo a insanidade mental, se veiculada antes do início do processo não poderia ser considerada tecnicamente questão incidental.

Não obstante, há quem admita incidentes prévios ou posteriores ao processo, ou seja, que se manifestam antes da instauração dará relação jurídico-processual ou depois de sua extinção (FERNANDES, 1991, p. 48).

A acidentalidade consiste em um acontecimento anormal, um obstáculo, um empecilho, que afeta o desenvolvimento normal do processo, pois a questão incidental foge à normalidade do procedimento (FERNANDES, 1991, p. 48).

Em síntese, Scarance Fernandes adota o seguinte conceito:

A questão incidental é aquela que surge no processo, cai sobre ele, ocasionando alterações no caminho procedimental. Assim, é acessória em relação ao processo e

à questão principal. Constitui ela ademais um ‘acidente’ no percurso processual, produzindo mudanças no seu trajeto, exigindo que sejam realizados novos atos, além dos que eram previstos numa tramitação normal. Portanto, para que uma questão seja incidental é preciso que ela ocasione uma alteração no desenvolvimento do processo, resulte está num alongamento do procedimento principal ou na instauração de um procedimento colateral. Mas, a questão incidental é o objeto de conhecimento do juiz, é a matéria que será resolvida. A alteração no processo constituirá ou o ‘incidente’ ou o ‘procedimento incidental’. (FERNANDES, 1991, p. 51-52)

Com efeito, a matéria contida na questão incidental será veiculada, a depender do tratamento processual, ora como *incidente*, provocando ampliação ou modificação do próprio rito, ora como *procedimento incidental*, hipótese em que ensejará a instauração.

Por vezes, uma questão de mérito é tratada pela técnica da questão incidental, confirmando que a questão incidental não cuida, necessariamente, de aspectos formais.

b) *incidente*: técnica processual para a admissibilidade e decisão de questões incidentais que provoca a dilatação ou modificação do procedimento em que surge, criando “novos momentos” na dinâmica do rito, sem a necessidade de instaurar procedimento incidental.

c) *procedimento incidental*: questão incidental que se forma paralelamente ao processo principal. Caracteriza-se pela autonomia estrutural e vinculação funcional (FERNANDES, 1991, p. 88-91).

Possui autonomia estrutural em relação ao procedimento principal, já que composto por sua própria série de atos, encadeados e destinados ao ato final, com pronunciamentos próprios, tramitação independente e aspectos probatórios específicos. É o legislador determina ou possibilita a instauração de um procedimento em separado a respeito de determinadas questões incidentais e desenha seus contornos.

A vinculação funcional do procedimento incidental quer dizer que seu resultado é ligado ao efeito do processo principal. Decorre da própria circunstância de ele surgir em virtude do processo principal.

Explica Romeu Pires de Campos Barros que, “embora o procedimento incidental mantenha uma vinculação causal, colateral ou secundária com o procedimento principal, tem desenvolvimento autônomo” (1985).

Há sequências de atos processuais que não configuram procedimento incidental, mas mero incidente processual. Para a caracterização de um procedimento incidental, impõe-se a observância dos elementos acima apontados.

Em síntese, o procedimento incidental possui as seguintes fases: 1. introdução; 2. instrutória; 3. decisória; 4. recursal.

Pode-se falar em *processo* incidental? Existindo uma nova relação jurídico-processual, haverá processo incidental (FERNANDES, 1991, p. 92). Isso vai depender do conceito que se adota de procedimento e processo, cujo alcance foge do escopo imediato do presente trabalho.

## 2.2 IDENTIFICAÇÃO E REGULAÇÃO DA COGNIÇÃO DA QUESTÃO INCIDENTAL

Como dito no início o escopo principal do processo penal é uma sentença de mérito. Ocorre, todavia, que inúmeras questões podem surgir e exigir decisão. É de nosso interesse discutir as questões incidentais, que se manifestam ora como incidente, ora como procedimentos incidentais.

Embora agrupadas em incidentes ou questões incidentais, trata-se de questões incidentais extremamente heterogêneas. Com efeito, versam sobre os mais diferentes tipos de matérias e de variados níveis de complexidade. Encontram-se espalhadas pelo Código e legislação extravagante, e não meramente no Título ora comentado. Frequentemente carecem de regulamentação adequada.

Daí porque tais questões devem receber disciplina processual diferenciada, que atenda às peculiaridades da matéria. Nesse sentido são as lições de Ada Pellegrini Grinover, ao tratar dos principais pontos do novo Processo Penal latino-americano:

*A eficiência e efetividade do processo dependem, em última análise, da adequação das formas procedimentais à natureza da controvérsia subjacente. Esta, no processo penal, varia de acordo com a complexidade dos fatos a serem apurados e com a gravidade do delito. A razão moderna da variedade de procedimentos não obedece, assim, aos critérios formalísticos e rituais do direito antigo, mas exprime a necessidade de se estruturarem procedimentos adequados à solução das controvérsias que estão à base do processo. Procedimento adequado, neste quadro de eficiência da justiça penal, é, pois, o procedimento aderente à realidade social e consentâneo com a complexidade dos fatos e com a gravidade da infração penal. (GRINOVER, 1990, destaques nossos)*

O rigor técnico do tratamento das questões incidentais denota o grau de evolução da ciência processual. Além de servir à efetividade processual, impede o fenômeno dos “incidentalistas” ou “práticos em incidentes”:

São profissionais de todos os ramos que, segundo eles, se tornaram especialistas em criar incidentes e, com isso, 'ganhar tempo e quebrar desta forma a resistência de que a parte contrária tenha, obrigando-a a desistir da ação ou a transigir em relação à questão principal'. (CABANELLAS *apud* FERNANDES, 1991, p. 25)

É o que, não obstante, se vê na prática do foro. São comuns os peticionamentos que cruzam a marcha processual, com efeito prático deletério à dinâmica do rito, cuja finalidade subjacente é provocar a ida e o retorno dos autos ao Ministério Público, demais partes que eventualmente compõem a relação processual e o juízo, o que, por si só, já consome considerável naco de tempo.

Para aqueles que advogam contra a efetividade processual, há que se destacar que os processualistas e operadores do processo devem preocupar-se com a eficiência da justiça, evitando-se desvios, manobras procrastinatórias etc.

Assim sendo, a boa técnica manda que a legislação processual deve *identificar* às questões incidentais mais importantes, definir a *forma* como serão admitidas e solucionadas, evitando, ao máximo, a perturbação da marcha do processo principal, sem descuidar das garantias processuais penais.

Em um primeiro momento, deve-se *nominar* as questões incidentais. O CPP não esgota sua identificação, muito menos no Título ora analisado.

Depois, há de regular a questão incidental como incidente ou procedimento incidental e o *nível de atividade probatória*, conforme a técnica da *cognição*.

Ensina Kazuo Watanabe que a cognição pode ser sistematizada da seguinte forma (2000, p. 111-121): a) no *plano horizontal* (extensão, amplitude): a cognição tem por limite os aspectos objetivos, questões processuais ou de mérito. Pode ser *plena* ou *limitada* (parcial); b) no *plano vertical* (profundidade): a cognição pode ser *exauriente* (completa) ou *sumária* (incompleta).

Não há dúvida que no processo penal em que se apura a culpa a cognição é plena e exauriente, vale dizer: há ampla extensão do debate; e completude quanto à profundidade dessa cognição.

Já no incidente e no procedimento incidental, sempre haverá, no plano horizontal, o natural limite da cognição, que fica restrita à questão incidental, não podendo outras questões ou matérias serem ali solucionadas. Não é lícito, por exemplo, discutir a insanidade mental do acusado no âmbito do incidente de restituição de coisas apreendidas.

Por outro lado, o nível de profundidade da cognição no plano vertical deverá ser dimensionado pelo legislador em cada caso, refletindo na dinâmica

processual, no ônus probatório e na atividade probatória prevista, bem assim em eventuais recursos colocados à disposição das partes.

Por fim, como observa Scarance Fernandes, o procedimento incidental deve ser marcado pela simplicidade e celeridade, para que não fique prejudicado o andamento do processo principal (1991, p. 95). Em outra obra, dedicada à Teoria Geral do Processo e o Procedimento no Processo Penal, Scarance Fernandes destaca a importância de simplificação procedimental na atualidade, fugindo-se do procedimento-modelo, como a “necessidade de serem produzidos procedimentos adequados à realidade concreta e às exigências do direito material” (2005, p. 56).

### 3 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

#### 3.1 ORGANIZAÇÃO ESTRUTURAL

Do ponto de vista estrutural, não pertencem mais ao tópico das questões e processos incidentes as matérias atinentes às *medidas assecuratórias* e ao *incidente de falsidade*:

CPP-1941	CPP-Projetado
Título VI – Das questões e processos incidentes. Capítulo I – Das questões prejudiciais. Capítulo II – Das exceções. <i>Capítulo III – Das incompatibilidades e impedimentos.</i> <i>Capítulo IV – Do conflito de jurisdição.</i> Capítulo V – Da restituição das coisas apreendidas. <i>Capítulo VI – Das medidas assecuratórias.</i> <i>Capítulo VII – Do incidente de falsidade.</i> Capítulo VIII – Da insanidade mental do acusado.	Título VI – Das questões e processos incidentes. Capítulo I – Das questões prejudiciais. Capítulo II – Das exceções. Capítulo III – Da restituição das coisas apreendidas. Capítulo IV – Da insanidade mental do acusado.

Tais matérias foram alocadas em outras estruturas do Código, seguindo o critério temático. A doutrina, aliás, já criticava o excesso de temas heterogêneos neste capítulo, sugerindo que o legislador assim o fez por não saber onde introduzi-los (GRECO FILHO, 2010). Agrupam-se ali, de forma genérica temas segundo objetivos mais ou menos comuns, sendo necessário se estabelecer certa ordem estrutural (SILVA, 2005).

Já as matérias dos *impedimentos* e *conflito de competência* foram incertas no Capítulo II – Das exceções.

Por outro lado, o CPP-Projetado não faz mais referência ao termo *incompatibilidades*, cuja delimitação conceitual era fruto de estéril divergência doutrinária, pois o CPP-1941 utilizava o termo sem definir seus contornos.

### 3.2 QUESTÕES PREJUDICIAIS

A noção de *questão prejudicial* exige a compreensão de que há uma ligação lógica e necessária entre duas questões, que se caracteriza pela subordinação da questão prejudicada à questão prejudicial (FERNANDES, 1991, p. 64). Vale dizer, a resolução da questão prejudicial é um antecedente lógico da solução a ser dada à outra questão, cujo resultado condiciona o conteúdo da decisão prejudicada (BADARÓ, 2014, p. 211).

Segundo lição de Renato Brasileiro de Lima, prejudicial é a questão com valoração penal ou extrapenal que deve ser enfrentada antes do julgamento do mérito principal, porquanto, além de ser resolvida antes do mérito principal, está ligada a este, condicionando seu conteúdo (2019, p. 1126).

Não se deve confundir com a *questão preliminar*. Para Norberto Avena, a preliminar possui natureza estritamente processual e reflete tão somente na regularidade formal do processo (2015, p. 333). Já para Greco Filho consiste em um fato, processual (exemplo: litispendência, coisa julgada) ou de mérito (causas extintivas da punibilidade), que impede que o juiz aprecie o fato principal (2010, p. 165).

Em uma definição abrangente, Barbosa Moreira adverte que o conceito de preliminar envolve relação entre duas questões, de modo que a solução de uma cria ou remove obstáculo à apreciação da outra (MOREIRA *apud* FERNANDES, 1991, p. 66). De maneira semelhante, Badaró ensina que a questão preliminar condiciona a exigência da questão principal, citando como exemplo que apenas a presença das condições da ação autoriza o exame do mérito, da questão principal (2014, p. 212). Este conceito adota como critério o tipo de relação entre a questão prévia e a questão que dela depende e não as características inerentes às questões. A questão preliminar pode ou não ser uma questão incidental (FERNANDES, 1991, p. 66).

Fala-se que a questão prejudicial é *homogênea* quando as questões prejudicada e prejudicial pertencerem ao mesmo ramo do direito. Por exemplo: a existência do furto para a tipificação do crime de receptação; o crime anterior para a existência do crime de lavagem de capitais. A *heterogênea* versa sobre outro ramo do direito, como na hipótese em que é necessário discutir a validade do primeiro casamento, matéria civil, para a solução quanto ao crime de bigamia.

Cuida do CPP-Projetado de questões prejudiciais heterogêneas, que podem ou não implicar na suspensão do processo criminal. Suspenso o processo, não correrá o prazo prescricional (Código Penal, art. 116, I).



No CPP-1941 e no CPP-Projetado a questão prejudicial é considerada espécie de questão incidental. Sim, de fato, em certas ocasiões uma questão prejudicial poderá receber o tratamento de questão incidental, mas não necessariamente (FERNANDES, 1991, p. 63 e 65).

O CPP-Projetado manteve, em linhas gerais, a disciplina do CPP-1941, não efetuando grandes modificações.

Apesar disso, é digno de nota que houve substancial aumento do raio de legitimidade do Ministério Público, que poderá atuar no processo que versa sobre a questão prejudicial heterogênea mesmo que se trate de crime de ação penal *privada*:

CPP-1941	CPP-Projetado
Art. 92. [...] Parágrafo único. <i>Se for o crime de ação pública</i> , o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.	Art. 458. [...] Parágrafo único. O Ministério Público, <i>quando necessário</i> , promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.
Art. 93. [...] § 3º Suspensão o processo, e <i>tratando-se de crime de ação pública</i> , incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.	Art. 459. [...] § 3º Suspensão o processo, <i>incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível</i> , para o fim de promover-lhe o rápido andamento.

### 3.3 EXCEÇÕES

#### 3.3.1 Aspectos gerais

Na linguagem jurídica, a palavra *exceção* possui múltiplos significados.

Em sentido alargado, corresponde à defesa indireta, que alarga a matéria a ser apreciada, podendo ser material ou processual (ROSA, 1986, p. 141). Do ponto de vista processual, abrange as condições da ação e os pressupostos processuais e, em um conceito ainda mais restrito, apenas tem por objeto apenas estes últimos (BADARÓ, 2014, p. 218).

Também pode-se restringir o conceito às matérias de defesa que demandam alegação das partes para conhecimento pelo juiz (BADARÓ, 2014, p. 218). Mas, tecnicamente, as exceções elencadas pelo CPP-1941 são *objeções*, pois podem ser conhecidas de ofício pelo juiz (GRECO FILHO, 2010, p. 170).

Como é de rigor, não cabe à lei formular conceitos dogmáticos. Assim sendo, para o CPP-1941 e CPP-Projetado o vocábulo quer significar apenas determinadas matérias de defesa, que foram nominadas como questões incidentais, em virtude do seu conteúdo, e receberem a respectiva regulação na dinâmica processual.

Pois bem.

No Capítulo *Das exceções*, elenca o CPP-Projetado apenas a suspeição, o impedimento e a incompetência do juízo.

O *impedimento* passou a ser considerado, pelo CPP-Projetado, como exceção ao lado da *suspeição*, ficando explícito o mesmo tratamento procedimental. De fato, não se justificava a forma como o CPP-1941 organizava a matéria.

Foram mantidas as exceções dilatórias (buscam o afastamento do juiz ou a deslocação do juízo, sem extinguir o processo) e retiradas as peremptórias (que podem levar à extinção do processo: litispendência, a ilegitimidade de parte e a coisa julgada).

O não tratamento processual como incidentais ou procedimento incidental, significa tão somente que a cognição sobre tais questões não poderá provocar o alongamento ou modificação do rito, muito menos a criação de um procedimento incidental apartado.

Até porque, o que justifica a questão incidental é a outorga de normas processuais peculiares à matéria discutida. Com efeito, litispendência, a ilegitimidade de parte e a coisa julgada não demandam tratamento processual distinto do rito ordinário. Do contrário, tais matérias deveriam ser autuadas em apartado, como exige do art. 298, parágrafo único, do CPP-Projetado: “As exceções serão processadas em apartado”.

Ademais, o *conflito de competência* também sai do Capítulo das exceções e passa a ser tratado autonomamente pelo Capítulo V, do Título VI (Da Competência), vinculado ao Livro I (Da Persecução Penal).

Por fim, mantida regra geral de que as exceções listadas no Capítulo serão processadas *em autos apartados* e, em regra, não suspenderão o andamento do processo (CPP-Projetado, art. 475).

### 3.3.2 Exceção de suspeição e impedimento

Quanto à exceção de suspeição ou impedimento, fica expresso que “poderá ser oposta a qualquer tempo” (CPP-Projetado, art. 462). As demais regras procedimentais não apresentam novidades.

Mas, diferentemente do tratamento anterior, o art. 467 do CPP-Projetado reza que “Julgada procedente a exceção, proceder-se-á na forma prevista no Capítulo das Nulidades”.

Assim sendo, deve-se distinguir o *fundamento* da procedência da exceção, se hipótese de suspeição ou de impedimento. Sendo suspeição, observa-se o regime geral das nulidades, é dizer: busca do máximo de aproveitamento dos atos (art. 179, I); demonstração do prejuízo (art. 179, II e III); não invalidação do caso de o ato ter sido realizado de outro modo, mas alcançando a mesma finalidade da lei e sendo o vício meramente formal (art. 179, IV).

Por outro lado, sendo o caso de impedimento, a nulidade é taxativa: “Art. 180. Serão nulos e insanáveis os atos de cuja irregularidade resulte violação dos direitos e garantias fundamentais do processo penal, notadamente no que se refere: [...] III – as regras de impedimento”.

De toda forma, a nulidade de um ato apenas afetará os que dele dependam *diretamente* (art. 184) e, para o reconhecimento da extensão das consequências, exige-se *decisão motivada* (art. 185).

Salutar a retirada da regra do art. 101 do CPP-1941 que responsabilizava o juiz pelas custas do incidente no caso de ter sido julgada procedente a exceção e o erro ser inescusável, pois pautava a punição do magistrado no conceito de inescusabilidade, de difícil ou impossível delimitação objetiva no caso.

*Infelizmente* copiada a vetusta e inconstitucional redação do art. 104 do CPP-1941 no art. 470 do CPP-Projetado: “Art. 470. Se for arguido o impedimento ou a suspeição do órgão do Ministério Público, o juiz, depois de ouvi-lo, *decidirá, sem recurso*, podendo antes admitir a produção de provas no prazo de três dias” (destaque nosso).

Um Código que ambiciona ser alinhado com a Constituição Federal e, dessa forma, com o princípio do promotor natural e o sistema acusatório, não poderia, sem incorrer em inconstitucionalidade, outorgar a outra instituição a definição da sorte da atuação do membro do Ministério Público no processo.

Em outras palavras: não se coaduna com a independência do Ministério Público que outro órgão retire o promotor natural do caso.

Como se sabe, o Ministério Público é instituição *independente*, sendo assegurada autonomia funcional e administrativa (CF, art. 127, § 2º). O órgão de execução goza de independência funcional (CF, art. 127, § 1º).

Nessa linha, é assegurado ao membro do Ministério Público, para o independente exercício de suas graves missões constitucionais, determinadas garantias, dentre elas a *inamovibilidade*, conforme art. 128, § 5º, I, “a”, da CF: “inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa”.

A esse respeito, ensina Marcelo Pedroso Goulart:

Inamovibilidade é garantia concedida ao membro do Ministério Público de não ser promovido ou removido do seu

cargo contra a sua vontade, salvo por motivo de interesse público. Tem como fundamento a proteção do membro do Ministério Público para o livre exercício das funções, pois só assim poderá cumprir de forma desembaraçada a estratégia institucional. (GOULART, 2013, p. 138)

Hugo Nigro Mazzilli esclarece que a inamovibilidade, acima de tudo, tem o propósito de proteger as *funções* do cargo, envolvendo as *atribuições*:

A inamovibilidade dos membros do Ministério Público não teria o menor sentido se dissesse respeito apenas à impossibilidade de se remover o promotor do cargo: é mister agregar-lhe *as respectivas funções*: esse é o fundamento maior da garantia constitucional. (MAZZILLI, 2013, p. 141)

Com efeito, o promotor natural sempre se caracterizou pelo impedimento da nomeação de outro órgão de execução para o caso, conforme demonstra Marcelo Pedrosa Goulart:

O princípio do promotor natural é garantia inerente ao modelo de Estado democrático de direito definido na Constituição de 1988 e consiste na legitimação da atuação institucional a partir da pré-constituição legal, abstrata e objetiva dos órgãos do Ministério Público e da prefixação também legal, abstrata e objetiva dos critérios de divisão de atribuições entre esses órgãos. Complementa os princípios da independência funcional e da inamovibilidade, pois a estes garante efetividade. *De nada valer a solene proclamação da independência funcional e da inamovibilidade se aos órgãos da Administração fosse dada a possibilidade de subtrair do órgão de execução as funções do seu cargo.* (GOULART, 2013, p. 138-139)

Nota-se, a partir do desenho institucional do Ministério Público pela Constituição Federal, que a instituição *não pode sofrer interferências externas em sua atividade-fim*, sobre o *como* e o *se* de sua atuação.

Não é função jurisdicional típica o controle externo da atividade do Ministério Público, e, se não há autorização constitucional para isso, mormente por se tratar de instituição autônoma e independente, inviável que lei ordinária autorize semelhante intervenção.

Com efeito, para casos em que há necessidade de do controle da independência e imparcialidade do órgão de execução do Ministério Público, dada a garantia do cidadão de se ver processado por autoridade independente e imparcial (CF, art. 5º, LIII), *deve a aferição da imparcialidade ser realizada dentro da própria instituição.*

Em sentido semelhante, sempre se considerou inadequado o controle judicial do arquivamento do inquérito policial ou de outras peças de informação promovidos pelo Ministério Público (CPP-1941, art. 28). De forma coerente com o princípio acusatório e a independência do Ministério Público, o CPP-Projetado não repete esta regra, outorgando à própria instituição o controle do arquivamento das investigações criminais se houver recurso administrativo (art. 38). Salientamos que, sobre o controle do arquivamento, a recente Lei 13.964/2019 (Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal) instituiu sistema de reexame necessário do arquivamento dentro da instituição, embora em disformidade com o CPP-Projetado, demonstrando a incrível carência de uniformidade do parlamento.

Outro exemplo da projeção da independência funcional da instituição reside na valoração das hipóteses intervenção do membro em processo. Desde muito, entende-se que cabe ao próprio Ministério Público, e não ao Judiciário, a decisão final a respeito da existência do interesse público e da forma de sua intervenção no processo (ZENKNER, 2006, p. 120).

De toda sorte, quer no tocante ao controle do arquivamento promovido pelo Ministério Público, *quer com relação à imparcialidade do membro*, não é cabível a outra instituição a fiscalização do órgão de execução do Ministério Público (Promotor de Justiça, Procurador de Justiça, Procurador da República).

Não se questiona a necessidade de tal fiscalização ser realizada, até em abono ao promotor natural, mas a atribuição para tanto repousa em órgãos internos com atividade-fim da Administração Superior do Ministério Público.

Nesse sentido, ensinam Américo Bedê Junior e Gustavo Senna:

[...] a parte final do mencionado dispositivo [art. 104 do CPP] possibilita que o julgador decida pelo afastamento do órgão de execução do Ministério Público, o que entendemos violar flagrantemente o princípio do promotor natural, pois a análise a respeito da imparcialidade do órgão, que, aliás, decorre do princípio da obrigatoriedade, somente pode ser realizada pela própria instituição. (BEDÊ JR; SENNA *apud* ALVEZ; ZENKNER, 2016, p. 223)

Contudo, o CPP-Projetado ignorou tudo isso.

Até o presente momento, esta discussão não foi enfrentada diretamente. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm aplicado o art. 104 do CPP-1941 (correspondente ao art. 470 do CPP-Projetado) de forma acrítica, conforme se vê nos seguintes julgados:

‘A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.’ (Súmula nº 234/STJ). (STJ, HC 96.347/SP, Rel. HAROLDO RODRIGUES, SEXTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 17/12/2010)  
À luz do art. 104 do CPP, é do juiz de primeira instância a competência para processar e julgar exceção de impedimento ou suspeição de promotor de justiça, a quem cabe, inclusive, decidir sobre a realização ou não de diligências solicitadas nesse incidente processual, podendo indeferir as que entender irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (CPP, art. 400, § 1º), sem que tanto configure cerceamento de defesa. (STF, HC 85011, Teori Zavascki, 1ª T., 26.05.2015, DJe-119 22.06.2015, informativo 787)

Não obstante, quer pela via do processo legislativo, quer pelo controle de sua constitucionalidade, como garantia do cidadão e da sociedade a um Ministério Público independente e imparcial, seja resguardado à instituição a análise de eventual impedimento ou suspeição na atuação de processos.

Do mesmo modo que não se admite a designação de promotores *ad hoc* para determinados casos, sem a observância de regras objetivas de distribuição, do mesmo modo que não se admite a remoção compulsória ou o esvaziamento das atribuições, em face da garantia da inamovibilidade, não se pode permitir a “remoção” do membro do Ministério Público sem a decisão do órgão colegiado competente no âmbito da instituição.

Agravando a situação, houve previsão de que contra a decisão que retira o promotor natural do caso *não cabe recurso*. Não há motivo plausível para tal previsão.

Para a garantia do cidadão ao promotor natural, impõe-se a revisão do comentado dispositivo.

Seguimos.

Como novidade, além dos peritos e intérpretes, o delegado de polícia poderá ser declarado impedido ou suspeito, conforme art. 471, parágrafo único, do CPP-Projetado:

CPP-1941	CPP-Projetado
Art. 107. Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal.	Art. 471. [...] Parágrafo único. Havendo alegação de impedimento ou de suspeição, quando cabível do delegado de polícia, caberá ao juiz das garantias a decisão sobre o incidente.

Segundo o modelo do CPP-1941, caberia apenas ao delegado de polícia, de ofício, declarar-se suspeito.

Sabe-se que o Ministério Público exerce o controle da atividade policial e zela pela regularidade das provas produzidas no inquérito, já que destinadas, em um primeiro momento, ao oferecimento da denúncia (CF, art. 129, VII). Ademais, a jurisprudência é pacífica no sentido de que “eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitorial não possuem o condão de macular o processo criminal” (STJ, HC 309.299/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015).

Especificamente diante da alegação de suspeição e impedimento de delegado de polícia, também já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

[...] 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece que a suspeição de autoridade policial não é motivo de nulidade do processo, pois o inquérito é mera peça informativa, de que se serve o Ministério Público para o início da ação penal. Precedentes.

3. É inviável anulação do processo penal por alegada irregularidade no inquérito, pois, segundo jurisprudência firmada neste Supremo Tribunal, as nulidades processuais concernem tão somente aos defeitos de ordem jurídica pelos quais afetados os atos praticados ao longo da ação penal condenatória. Precedentes.

4. Recurso ordinário desprovido. (RHC 131450, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, DJE-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Mesmo assim, sempre subsistiu a possibilidade de requerer ao superior hierárquico a redistribuição da presidência das investigações:

[...] 3. O art. 107 do Código de Processo Penal dispõe, expressamente, não ser cabível a exceção contra as

autoridades policiais, quando presidem o inquérito, em razão de sua natureza (peça inquisitorial) como procedimento preparatório da ação penal. As provas amealhadas servem de embasamento para a denúncia, mas não necessariamente para a condenação, sendo que muitos dos atos ali realizados serão confirmados em juízo, sob pena de o magistrado não lhes conferir valor algum.

4. No que se refere à aparente contradição, que prevê que as autoridades policiais devem declarar-se suspeitas, havendo motivo legal, entendo que deveria a parte interessada ter solicitado o afastamento da autoridade policial ao Delegado-Geral de Polícia ou, sendo o pleito recusado, ao Secretário da Segurança Pública, o que não se deu. A questão torna-se, então, administrativa, pois existe recomendação legal para que o afastamento ocorra. Por ordem superior, isso pode acontecer. [...] (STJ, HC 309.299/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015)

Com a edição da Lei 12.830/2013 (Investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia), passou-se a admitir expressamente a redistribuição do inquérito policial:

Art. 2º [...]

§ 4º O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou *redistribuído* por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por *motivo de interesse público* ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

Criticando o CPP-1941, ensina Leonardo Marcondes Machado:

Em que pese distante do posicionamento da maioria (doutrinária e jurisprudencial), sustentamos que o fato do CPP não prever exceção de suspeição no tocante ao delegado de polícia em nada altera o dever constitucional de impessoalidade que deve existir também na fase de investigação preliminar. Não custa lembrar que são princípios



básicos que regem toda a atividade da administração pública (e, portanto, também o mister investigativo do delegado de polícia) a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, caput, da CRFB). Por óbvio, a condução de uma investigação por autoridade policial vinculada, de modo positivo (ex.: amigo íntimo) ou negativo (ex.: inimigo capital), a quaisquer dos envolvidos no caso ou, então, por outro motivo interessada diretamente naquela instrução preliminar, transforma o procedimento em algo ilegal, imoral e pessoal, que pode, ainda, comprometer a própria eficiência e o nível regular de publicidade da persecução penal. Em resumo, uma completa violação à ordem constitucional. (MACHADO, 2018)

Logo, em que pese a novel redação do CPP-Projetado, sempre existiram mecanismos aptos a solucionar eventuais crises de impessoalidades na condução das investigações.

A questão que emerge consiste em definir as consequências do reconhecimento da suspeição ou impedimento, além da redistribuição da presidência das investigações. Considerando ser o inquérito policial destinado precipuamente ao Ministério Público, para subsidiar a denúncia, o correto é compreender que não poderá ser decretada a nulidade de provas, cabendo ao Promotor de Justiça avaliar a necessidade de requisitar o refazimento de determinados atos investigatórios.

### **3.3.3 Exceção de incompetência**

Com relação à exceção de incompetência, apenas lançamos luz sobre o art. 474 do CPP-Projetado: “Art. 474. Até o início da audiência de instrução e julgamento, o juiz poderá reconhecer sua incompetência territorial. Não o fazendo, prorroga-se a competência”.

Parcela da doutrina aplicava à hipótese a Súmula 33, do Superior Tribunal de Justiça: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”. Contudo, a orientação divergente apregoava que tal enunciado não teria aplicação ao processo penal.

Assim sendo, resolve-se divergência doutrinária acerca da matéria e estabelece-se limite preclusivo para o declínio de ofício da competência pelo juízo.

### 3.4 RESTITUIÇÃO DAS COISAS APREENDIDAS

A restituição de coisas apreendidas é forma processual estabelecida para que os interessados reavenham coisas apreendidas. Tem por objeto coisas que podem ser apreendidas: instrumentos do crime, produto do crime e coisas destinadas à prova (BADARÓ, 2014, p. 233).

O CPP-Projetado mantém a exigência de a coisa apreendida não mais interessar ao processo para a sua restituição (art. 476). Igualmente, interdita a restituição de coisas que serão objeto de perdimento, na forma do art. 91, II, do Código Penal (art. 478).

Por outro lado, no tocante a quem pode determinar a restituição da coisa apreendida houve alteração.

O CPP-1941 utiliza como critério o grau de cognição necessário para o convencimento acerca do direito do reclamante. Ainda que o faça de forma insipiente do ponto de vista técnico, bem interpretado o critério deve ser aplaudido.

Desse modo, segue-se três níveis de convencimento (BADARÓ, 2014, p. 235): a) *inexistência de dúvida*: o próprio delegado de polícia ou mesmo o juiz podem ordenar a restituição; b) *dúvida*: havendo dúvida que ultrapasse os limites cognitivos do inquérito policial, apenas o juiz poderá decidir; c) *dúvida de alta indagação*: em caso de dúvida de alta indagação, especificamente sobre quem seja o verdadeiro dono, o juiz criminal remeterá as partes ao juízo cível.

Assim sendo, pode-se entender que, no CPP-1941, há uma *gradação* do nível de cognição exigido e alcançado. O Anteprojeto de CPP elaborado pela comissão de juristas seguiu o mesmo modelo.

Contudo, o CPP-Projetado trata a matéria simplesmente nos seguintes termos:

Art. 478. A restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pelo juiz ou pelo delegado de polícia, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do requerente.

Parágrafo único. Havendo dúvida quanto a esse direito, o pedido e a coisa serão encaminhados ao juízo cível que deliberará sobre a sua titularidade.

A inserção do juiz e delegado de polícia em um mesmo patamar decisório se mostra indevida, já que o ideal é escalonar os níveis de cognição como faz o CPP-1941, até porque a prática demonstra que não há espaço no inquérito policial para descer em detalhes ou produzir outras provas que podem ser necessárias para a decisão acerca da restituição, nem possui, amiúde, o delegado de polícia tempo hábil para tanto.

Ademais, repete a lei expressão de pouca ou nenhuma tecnicidade: “dúvida quanto ao direito do requerente”. A dúvida jurídica não é o melhor

critério e, por si, a expressão não apresenta clareza suficiente. Com efeito, o enunciado desrespeita o art. 11, II, “a”, da Lei Complementar 95/1998 (Elaboração, redação, alteração e consolidação das leis):

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: [...]

II - para a obtenção de precisão:

a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma.

A polissemia da palavra dúvida, aliada a ausência de um conceito técnico-jurídico, permite que o texto normativo vague sem suporte fático preciso.

E mais. Tal critério não possui respaldo técnico, pois a própria lei não pode reconhecer existir dúvida sobre a interpretação. Deveria a lei distribuir a responsabilidade para a solução da questão segundo o *nível de cognição exigido*, vale dizer, a *intensidade da instrução probatória necessária*.

Repetindo o critério, o parágrafo único diz que, havendo dúvida, o pedido e a coisa serão encaminhados ao juízo cível que deliberará sobre sua titularidade. Os erros conditos neste enunciado são os seguintes: 1. A coisa deve permanecer depositada no juízo criminal, já que apreendida por força de decisão deste juízo; 2. Ao juízo cível, via de regra, caberá a definição apenas da titularidade de bens, mas não outras questões que podem exigir maior dilação probatória, tão pouco influir sobre o perdimento ou não do bem, matéria de atribuição exclusiva do juiz criminal.

Na prática, indeferida a restituição pelo delegado de polícia, caberá o pleito judicial por meio do procedimento incidental.

Mas não são apenas estes os problemas do CPP concebido.

O CPP-1941 deixa claro que “Sobre o pedido de restituição *será sempre ouvido o Ministério Público*” (art. 120, § 3º, destaque nosso). Porém, de forma manifestamente indevida, o CPP-Projetado deixa de fazer referência à necessidade de colheita da manifestação do Ministério Público, como exigência para a decisão, quer do delegado de polícia, quer da autoridade judicial.

Ora, por ser o titular da ação penal, que produzirá provas em juízo, para as quais a presença da coisa/bem apreendido pode ser essencial, que promoverá todos os encaminhamentos para destinação do bem, incluindo eventual perda, essencial sua anuência para a decisão administrativa do delegado de polícia ou, em juízo, sua oitiva.

Estes exemplos significativos – possibilidade de o juiz retirar o membro do MP do caso e a ausência de previsão de contraditório com o MP – deixam dúvidas sobre ser o CPP-Projetado destinado ao cumprimento da CF, na sua integralidade, e não de forma monocular.

Em que pese a falha de técnica legislativa, a necessidade de contraditório com o Ministério Público decorre do princípio acusatório e do contraditório, ambos de assento constitucional.

Avançando na análise do CPP-Projetado, temos o art. 479, que dispõe: “No caso de apreensão de coisa adquirida com os proventos da infração, aplicam-se os dispositivos referentes ao sequestro de bens”.

Em se tratando *produto direto da infração* (produto da infração ou *producta sceleris*) ou *produto indireto da infração* (proveito ou provento ou *fructus sceleris*), o regime jurídico previsto para a restituição cede lugar para as normas específicas para o sequestro de bens, medida cautelar real prevista nos arts. 651 e seguintes do CPP-Projetado. Dessa forma, não é cabível a restituição de coisas apreendidas. O levantamento do sequestro apenas tem lugar nos casos do art. 669. Ao final do processo, tais bens serão perdidos.

O parágrafo único do art. 479 deixa claro que “Os instrumentos da infração penal, bem como os objetos que interessarem à prova, serão remetidos ao juiz competente após a conclusão do inquérito policial”, cabendo ao Poder Judiciário se estruturar para custodiar tais objetos e bens.

Manteve-se o art. 122 do CPP-1941 no art. 480 do CPP-Projetado, que contém prazo de 90 dias após o trânsito em julgado para a perda em favor da União das coisas apreendidas, quando for o caso, e a alienação em leilão público. Todavia, em desarmonia no processo legislativo, o art. 122 do CPP-1941 sofreu recente alteração pela Lei 13.964/2019 (Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal), prevendo a alienação dos bens perdidos com o trânsito em julgado. Nota-se a dificuldade de o legislador tratar de forma coerente tais matérias.

A inovação trazida pelo 480, parágrafo único, do CPP-Projetado também foi olvidada pela Lei 13.964/2019 (Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal): “Parágrafo único. Do dinheiro apurado, será recolhido em partes iguais, ao Fundo Penitenciário e ao Fundo de Segurança Pública, federal ou estadual conforme a competência para a ação penal”.

As coisas apreendidas e não reclamadas sempre mereceram tratamento processual mais ajustado à rotina e às necessidades do dia a dia forense.

Basta comparecer em Delegacias de Polícia e prédios do fórum para atestar que existem um sem número de bens e objetos custodiados, frequentemente em situações inadequadas, já que o Estado não oferta estrutura adequada. O problema vem se agravando pelo elevado número crimes de tráfico de drogas, resultando em apreensões de caminhões, carros e outros instrumentos do crime.

Prova deste caos foi retratada pelo Conselho Nacional de Justiça que realizou levantamento em julho de 2011 e aferiu que, desde implantação do Sistema Nacional de Bens Apreendidos, houve o cadastramento de R\$ 2.337.581.497,51 em bens, e, desde quantitativo, o alto percentual de 93,35% dos bens apreendidos ainda permanecia aguardando destinação, com situação 'a definir', representava o expressivo valor de R\$ 2.182.059.809,24 sob a responsabilidade do Poder Judiciário (BRASIL, 2011, p. 4).

Não obstante, o CPP-Projetado não resolve essas questões práticas, notadamente para os casos de coisas apreendidas e não reclamadas.

O art. 481, *caput*, do CPP-Projetado simplesmente reproduz o art. 123, *caput*, do CPP-1941:

Art. 481. Fora dos casos previstos neste Capítulo, se, no prazo de noventa dias a contar da data em que transitar em julgado a sentença final, condenatória ou absolutória, os objetos apreendidos não forem reclamados ou não pertencerem ao réu, serão vendidos em leilão, depositando-se o saldo à disposição do juízo de ausentes.

O encaminhamento dos valores a um juízo de ausentes é inviável na prática, já que se trata de procedimento previsto na legislação civil de cunho extremamente burocrático.

De forma bastante tímida, há novidade no art. 481, parágrafo único, que autoriza a entrega de tais bens, em usufruto, a entidades assistenciais conveniadas. Faltou, contudo, fazer referência a outros órgãos e instituições que tenham finalidade social, como os integrantes do sistema de segurança pública:

Art. 481. [...]

Parágrafo único. Alternativamente à venda em leilão, os objetos de que trata o *caput* deste artigo poderão, a critério do juiz, ser entregues, em usufruto, a entidades assistenciais conveniadas, até a reivindicação dos legítimos proprietários, que os receberão no estado em que se encontrarem.

Finalmente, o art. 482 do CPP-Projetado define que os instrumentos do crime perdidos em favor da União e as coisas confiscadas serão inutilizados ou, se houver interesse na sua conservação, recolhidos.

### 3.5 INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO

O incidente de insanidade mental tem por objetivo a realização de perícia psiquiátrica, visando aferir o estado mental do investigado ou do acusado (BADARÓ, 2014, p. 243).

Como se sabe, é requisito para admissibilidade do incidente a existência de *dúvida sobre a integridade mental do acusado* (CPP-Projetado, art. 483).

No tocante à legitimidade para a suscitação da questão incidental, alinhada com o conceito de família trazido pela Constituição Federal, o CPP-Projetado acresce o *companheiro*, ao lado das figuras já previstas anteriormente, a saber: de ofício, a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão, cônjuge (art. 483).

Se suscitado na fase investigativa, a competência para apreciação é do denominado “juiz das garantias” (art. 483, § 1º).

Na sequência, quando determinado o exame médico-legal, o juiz deverá nomear curador ao acusado, deixando-se claro que o deve fazer *nos termos da lei civil* (art. 483, § 2º). Se já iniciada a ação penal, o processo será suspenso, sem prejuízo das diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

Estando a pessoa sujeita ao exame presa, será encaminhada a *instituição de saúde* ou, se estiver solto e o requererem os peritos, será encaminhado a outro estabelecimento que o juiz entender adequado.

Corretamente, o CPP-Projetado não fala mais em internação em “manicômio judiciário”, substituindo para o encaminhamento à instituição de saúde, seguindo a tendência da política antimanicomial.

Entretanto, passa longe de definir em que consistiriam essas instituições de saúde, como será custeada, quais políticas públicas atenderão tal demanda. Mas fica clara a intenção do legislador de abrir mão de uma política penal da doença mental para entregar a solução à área sanitária.

O CPP-1941 e o CPP-Projetado preveem, como medida cautelar diversa de prisão, a internação provisória, embora delimitem seus contornos de forma distinta:

CPP-1941	CPP-Projetado
Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: [...] VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração.	Art. 614. Presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, a prisão em flagrante poderá ser substituída pela internação provisória, nos casos em que cabível a aplicação de medida de segurança de internação. Parágrafo único. Poderá ser decretada a internação provisória nas hipóteses em que, solto o investigado ou réu, seja necessária a providência cautelar.

Assim sendo, ao analisarmos a matéria, não podemos nos restringir ao art. 483 do CPP-Projetado, que cita apenas o encaminhamento à instituição de saúde. Não obstante, fica clara a opção do legislador em exigir uma gradação no emprego de técnicas cautelares mais invasivas à liberdade: primeiro, o encaminhamento à instituição de saúde como decorrência automática do estado de prisão da pessoa sujeita ao exame de insanidade; subsidiariamente, a internação provisória, se presentes os requisitos da prisão preventiva e nos casos em que cabível medida de segurança de internação.

Aqui, deve-se tomar o cuidado de não automatizar a ida do preso à instituição de saúde, pois, amiúde, a gravidade da situação subjacente exigirá a internação provisória, nos termos do art. 614.

Tais técnicas (medidas de segurança provisória ou preventiva) visam tutelar direitos nos casos de riscos de reiteração ou de periculosidade. Embora sejam justas as críticas a esses termos e não existam acordos semânticos a respeito (PERES; NERY FILHO, 2002), o fato é que muito frequentemente lidamos com casos delicados, nos quais há insuportável risco à saúde e vida das pessoas.

A literatura médica aponta elevado número de crimes associados a transtornos mentais e de comportamento (FRANÇA, 2017, p. 533). Se há necessidade de aprimorar a tutela penal de tais casos, também não se pode prescindir dela.

Curiosamente, o CPP-Projetado, no mesmo Capítulo, autoriza o juiz, *exclusivamente nos casos em que a doença mental é superveniente à infração*, “adotar as medidas cabíveis e necessárias para evitar os riscos de reiteração do comportamento lesivo, sem prejuízo das providências terapêuticas indicadas no caso concreto” (art. 486, § 1º).

E, ainda nesses casos, autoriza a internação provisória se estiverem presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva:

Art. 486. [...]

§ 2º Presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, poderá ser decretada a internação provisória pelo prazo máximo da pena cominada ao delito imputado. Ultrapassado esse período e não se alterando o quadro clínico e de cautelaridade do investigado ou réu, o Ministério Público tomará as medidas de natureza civil, sendo julgada extinta a punibilidade.

Os §§ 1º e 2º do art. 486 do CPP-Projetado, também preveem técnicas para evitar risco de reiteração ou combater a periculosidade estão relacionadas à hipótese de doença mental *superveniente* à infração.

Mas a forma como foram redigidos podem dar a falsa impressão de que não seria cabível a internação provisória nos casos em que a doença mental é contemporânea à infração penal. Subiste, porém, a medida cautelar diversa de prisão de internação provisória, como vimos no art. 614 do CPP-Projetado.

Realmente, não há razão para se outorgar tratamento disforme entre os casos de doença mental contemporânea (no qual o processo prossegue) e a superveniente (em que há suspensão do processo penal).

Não se ignora a necessidade de revisão das medidas de segurança, mas isso deve vir integrado em coerência com políticas pública para tais pessoas deficientes, algo muito carente no Brasil, que continua latente, mesmo diante do CPP-Projetado. Talvez Machado de Assis tivesse traduzido esta dificuldade por meio da personagem Simão Bacamarte, em *O Alienista*: “A loucura, objeto dos meus estudos, era até agora uma ilha perdida no oceano da razão; começo a suspeitar que é um continente” (ASSIS, 2011, p. 51). Espera-se, nada obstante, que a legislação não nos guie a semelhante fim trágico.

No mais, mantém-se a dinâmica procedimental acerca do tempo da incapacitação: a) se a inimizabilidade era contemporânea à infração penal, o processo segue com a presença de curador (CPP-Projetado, art. 485); b) se a doença mental sobreveio à infração, o processo e o prazo prescricional ficarão suspensos até que o acusado se restabeleça, salvo quanto às diligências urgentes (CPP-Projetado, art. 486).

A novidade, nesta segunda hipótese, diz com a *suspensão do prazo prescricional* até que o acusado se restabeleça (art. 486). O projeto acolhe a crítica doutrinária que já vinha apontando a incongruência do CPP-1941 em manter suspenso o processo (crise de instância) mas, paradoxalmente, deixar fluir o prazo prescricional.

Note-se que a suspensão do prazo prescricional ocorre apenas na suspensão do processo decretada em virtude da constatação de ser a doença mental superveniente. De modo errôneo não houve previsão da suspensão do prazo prescricional na suspensão do processo em virtude da instauração do incidente em que se constata que a doença mental era contemporânea à infração penal.

A temática é encerrada com o art. 487, que estabelece a tramitação em autos apartados do incidente da insanidade mental, o qual, só depois da apresentação do laudo será apensado ao processo principal. A admissibilidade do incidente é feita no processo principal, mas, uma vez admitido, a tramitação se dá em apartado.

Acresça-se que o CPP-Projetado dá nova redação ao art. 97, § 1º, do Código Penal:



Código Penal vigente	Proposta de alteração do CPP-Projetado ao Código Penal vigente
Art. 97. [...] § 1º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.	Art. 97 [...] § 1º A internação ou tratamento ambulatorial perdurará até que seja averiguada a recuperação do inimputável, mediante perícia médica, não podendo, entretanto, exceder o prazo previsto para a pena máxima cominada.

Assim sendo, busca-se retirar da legislação o prazo *indeterminado* de duração da medida de segurança, e cravá-lo no limite da pena máxima cominada, seguindo orientação predominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ, HC 125.342/RS, rel. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 19.11.2009; STJ, HC 285.953/RS, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 10.06.2014).

#### 4 SUGESTÕES DE EMENDAS

Conforme fundamentos acima invocados e de acordo com os raciocínios desenvolvidos, demonstra-se a necessidade de alteração nos seguintes pontos (alterações em destaque):

Projeto do CPP (Substitutivo)	Sugestão de emenda
Art. 470. Se for arguido o impedimento ou a suspeição do órgão do Ministério Público, o juiz, depois de ouvi-lo, decidirá, sem recurso, podendo antes admitir a produção de provas no prazo de três dias.	Art. 470. Se for arguido o impedimento ou a suspeição do órgão do Ministério Público, o juiz, depois de admiti-lo, sem suspender o processo, <u>encaminhará as peças pertinentes à instância de revisão ministerial, sendo o Conselho Superior do Ministério Público ou Câmara de Coordenação e Revisão</u> , que deverá, depois de ouvir as partes, instruir os autos e decidir, no prazo máximo de 45 dias, comunicando o juiz natural.
Art. 478. A restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pelo juiz ou pelo delegado de polícia, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do requerente. Parágrafo único. Havendo dúvida quanto a esse direito, o pedido e a coisa serão encaminhados ao juízo cível que deliberará sobre a sua titularidade.	Art. 478. A restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pelo juiz ou pelo delegado de polícia, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do requerente. § 1º Havendo dúvida quanto a esse direito, o pedido e a coisa serão encaminhados ao juízo cível que deliberará sobre a sua titularidade. <u>§ 2º Sobre o pedido de restituição será sempre ouvido o Ministério Público.</u>

<p>Art. 481. [...] Parágrafo único. Alternativamente à venda em leilão, os objetos de que trata o <i>caput</i> deste artigo poderão, a critério do juiz, ser entregues, em usufruto, a entidades assistenciais conveniadas, até a reivindicação dos legítimos proprietários, que os receberão no estado em que se encontrarem.</p>	<p>Art. 481. [...] Parágrafo único. Alternativamente à venda em leilão, os objetos de que trata o <i>caput</i> deste artigo poderão, a critério do juiz, ser entregues, em usufruto, a <u>entidades e órgãos com entidades assistenciais, de segurança pública ou com outros fins sociais</u>, até a reivindicação dos legítimos proprietários, que os receberão no estado em que se encontrarem.</p>
--	---

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação é produto de seu tempo, dos valores então dominantes e, não raramente, dos interesses de plantão. Seu nascedouro está, por assim dizer, amarrado às circunstâncias históricas que lhe trouxeram a lume.

Aconteceu desta forma com o CPP-1941.

E com o CPP-Projetado não será diferente.

Apenas o tempo, quiçá, dará conta de dizer se o momento é oportuno e o texto adequado à sociedade do futuro.

Mas é certo que a efetividade do processo depende fundamentalmente da correspondência entre a forma e a realidade (BEDAQUE, 2009, p. 78). O divórcio entre a técnica e a realidade vai exigir do intérprete esta adequação, móvel de insegurança jurídica.

As dificuldades de sua inteligência não se apresentarão naqueles casos que Hart chama de “casos-padrão”, mas nos “casos questionáveis”, nos quais os *limites* são difíceis de definir (2009, p. 165). Conforme Georges Abboud, “não há um descobrir da norma, a partir de um significado já contido dentro de seu texto, e sim um produzir/atribuir sentido à norma diante da problematização” (2012, p. 68).

Assim sendo, é no entrechoque entre norma e realidade que se produzirá a norma. Nas palavras de J. J. Calmon de Passos, na obra *Direito, poder, justiça e processo*: “o Direito nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja fruição é possível mediante simples utilização do já feito ou acabado. O Direito é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado” (PASSOS, 1999, p. 25).

Somente assim se alcançará eficiência na persecução, com a efetividade das garantias processuais (GRINOVER, 1990), ambos valores caros ao corpo social.

A necessidade de um novo Código de Processo Penal é inquestionável, todavia, a se ver pelo trato das questões e processos incidentes, percebe-se que muitos pontos merecem maior reflexão e amadurecimento.

A quadra em que nos encontramos reforça essa ideia. Os tempos denotam acentuada prática de criminalidade, quer a criminalidade organizada violenta, que fizerem multiplicar organizações criminosas de nível transnacional, quer as organizações criminosas de colarinho branco.

Toda essa conjuntura promove um choque de forças contrapostas, o que exige de nossa democracia temperança e diálogo nos espaços institucionalizados para que não se incorra em desalinho com as legítimas expectativas do verdadeiro titular do poder, o povo brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público: LONMP**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ASSIS, Machado de. **Papéis avulsos**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

AVENA, Norberto. **Processo Penal: esquematizado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015).

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROS, Romeu Pires de Campos. Dos procedimentos incidentais no direito processual penal. *In: Revista de Processo*. v. 40/1985, p. 62-86. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez 1985; *Doutrinas Essenciais Processo Penal*. v. 2, p. 541-573. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2012 (Revista dos Tribunais Online).

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Manual de Bens Apreendidos**. Brasília: 2011. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/MANUAL\\_DE\\_GESTO\\_DOS\\_BENS\\_APREENDIDOS\\_cd.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/MANUAL_DE_GESTO_DOS_BENS_APREENDIDOS_cd.pdf). Acesso em: 5 jan. 2020.

FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade: Uma Introdução à Política no Direito**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do processo e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Incidente Processual: questão incidental, procedimento incidental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>. Acesso em: 30 dez. 2019.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Lineamentos gerais do novo Processo Penal na América Latina; Argentina, Brasil e Código Modelo para Ibero-América. In: **Revista de Processo**. v. 58/1990, p. 120-134. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1990 (Revista dos Tribunais Online).

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito: a expansão política do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. SETTE-CÂMARA, Antônio de Oliveira (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MACHADO, Leonardo Marcondes. É possível opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito. In: **Revista Consultor Jurídico**. 11 set. 2018, 8h05. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-11/academia-policia-possivelopor-suspeicao-autoridades-policiais-atos-inquerito>. Acesso em: 31 dez. 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no direito penal brasileiro: inimizabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. In: **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**. Rio de Janeiro, v. 9 (2):335-55, mai.-ago. 2002. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59702002000200006>. Acesso em: 14 jan. 2020.

ROSA, Eliézer. Novo Dicionário do Processo Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha. Uma breve aproximação das questões e processos incidentes no sistema processual penal brasileiro e as garantias constitucionais. *In: Revista de Ciências Penais*. v. 3/2005, p. 198-211. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez. 2005; *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal*. v. 6/2015. São Paulo: Revistados Tribunais, jan.-dez. 2015 (Revista dos Tribunais Online).

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e efetividade do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

## DA TRANSFERÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO OU DE PROCESSO PENAL E DAS EQUIPES CONJUNTAS DE INVESTIGAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Pedro de Oliveira Magalhães<sup>343</sup>

**Resumo:** O artigo tem por escopo a análise do projeto do Novo Código de Processo Penal Brasileiro com relação ao tópico “Da transferência de investigação ou processo penal e das equipes conjuntas de investigação” em cotejo com a Constituição da República de 1988, em especial a racionalização da atuação estatal dos órgãos de persecução criminal e o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos investigados.

**Palavras-chave:** transferência de investigação ou processo penal – equipes conjuntas de investigação – Novo Código de Processo Penal.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Análise das propostas do projeto de Novo Código de Processo Penal. 3. Conclusão. 4. Referências.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente análise aborda de forma conjunta dois temas correlatos no projeto de Novo Código de Processo Penal disciplinados nos artigos 759 a 780. Tais dispositivos tratam da transferência de investigação criminal ou processo penal e das Equipes Conjuntas de Investigação (ECI).

Trata-se de temática inovadora em relação ao atual Código de Processo Penal de 1941, embora no caso das Equipes Conjuntas de Investigação (ECI) tal formatação não constitua novidade em nossa ordem jurídica. Destarte, instrumentos internacionais de fomento à criação de Equipes Conjuntas de Investigação para o combate às organizações criminosas transnacionais foram incorporados ao direito brasileiro pela Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988, Decreto nº 154, de 1991), Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo de 2000, Decreto nº 5.015,

---

<sup>343</sup> Ex-Advogado do Instituto Brasília Ambiental (IBRAM/DF). Ex-Defensor Público do Estado do Espírito Santo. Ex-Promotor de Justiça do Estado do Amapá. Graduado em Direito pela Universidade Paulista (UNIP). Pós-Graduado em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPFT). Máster en Proceso Penal y Garantismo pela Universitat de Girona, Espanha. Atualmente é titular da 6ª Promotoria de Justiça da comarca de Corumbá, Mato Grosso do Sul.

de 2004) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida de 2003, Decreto nº 5.687, de 2006).

Em data recente, a matéria foi tratada pela Lei nº 13.344, de 06 de outubro de 2016 (Lei do Tráfico de Pessoas), cujo artigo 5º, inciso III, prevê a possibilidade de criação das Equipes Conjuntas de Investigação (ECI), como ferramenta de atuação dos órgãos de persecução criminal sem, todavia, disciplinar os requisitos e critérios para tanto.

Vale transcrever o disposto no artigo 19 da Convenção de Palermo de 2000:

Artigo 19. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais em virtude dos quais, com respeito a matérias que sejam objeto de investigação, processos ou ações judiciais em um ou mais Estados, as autoridades competentes possam estabelecer órgãos mistos de investigação. Na ausência de tais acordos ou protocolos, poderá ser decidida casuisticamente a realização de investigações conjuntas. Os Estados Partes envolvidos agirão de modo a que a soberania do Estado Parte em cujo território decorra a investigação seja plenamente respeitada.

Assim, mediante a cooperação internacional objetiva-se viabilizar a investigação criminal de fatos dotados de alta complexidade, especialmente aqueles praticados por organizações criminosas, conquanto não se limite a estes.

Com efeito, a diminuta efetividade dos métodos tradicionais de apuração criminal, já muito criticada em relação à criminalidade comum, revela-se totalmente ineficaz no que diz respeito à criminalidade transnacional que vivenciamos no cenário global contemporâneo: as organizações criminosas ultrapassam as fronteiras nacionais para o alcance de seus objetivos ilícitos, dificultando a ação dos órgãos estatais de persecução criminal.

Ademais, considerando que a Constituição da República de 1988 encontra-se no ápice de nosso sistema jurídico-normativo, evidentemente que a sistemática proposta necessariamente deve observar as atribuições constitucionais dos órgãos de persecução criminal, além da busca da eficiência na apuração de delitos no país e no exterior e o respeito aos direitos e garantias fundamentais e humanos dos investigados ou acusados.



## 2 ANÁLISE DAS PROPOSTAS DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Os artigos 759 e 762 cuidam da transferência da investigação ou do processo penal do Brasil para o estrangeiro e vice-versa. A premissa de tal regra é expressamente observar o princípio do *non bis in idem* e, implicitamente, otimizar a persecução criminal de delitos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faça parte (princípio da reciprocidade).

A positivação da transferência de processos e investigações criminais no projeto de Novo Código de Processo Penal vai ao encontro de um modelo internacional cooperativo de combate à criminalidade. Em data recente, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou favorável à possibilidade de transferência de processo penal do Brasil para Portugal em caso referente a crime de homicídio cometido no Brasil por cidadão português (AREsp 1.166.768), confirmando decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que acolheu pedido do Ministério Público fundamentado em tratado de extradição entre os dois países.

Desse modo, se almeja o aproveitamento dos atos processuais e de investigação praticados no exterior, desde que não contrariem a legislação brasileira e os princípios constitucionais e processuais penais, conforme se depreende do artigo 760, parágrafo único. Logo, é possível que um processo ou investigação criminal iniciados no estrangeiro tenham continuidade em solo brasileiro, aproveitando-se o processo ou investigação no estado em que se encontrem.

Havendo a recepção de investigação ou processo estrangeiro pela Jurisdição Brasileira, deverão ser observadas as regras de distribuição de competência e atribuições de nosso sistema de justiça. Assim, por exemplo, um crime de homicídio praticado por brasileiro em Portugal cujo processo seja transferido ao nosso país será processado e julgado perante o Tribunal do Júri na Justiça Estadual.

Portanto, deve ser aperfeiçoada a redação do artigo 762 do projeto, de modo a contemplar expressamente que, por ocasião da transferência de investigação ou processo, a Autoridade Central remeterá o feito para o Ministério Público Federal ou Estadual, conforme o caso, a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis.

Em observância ao disposto no artigo 129, inciso I, da Constituição da República de 1988, o artigo 762 estipula que nos casos de recebimento, após a admissibilidade do pedido de transferência da investigação ou processo criminal, a autoridade central remeterá o caso à Procuradoria Geral da República, que por sua vez, postulará as medidas judiciais cabíveis ou encaminhará à Polícia Judiciária para execução de diligências investigatórias.

Com efeito, o artigo retrata uma tendência de aprimoramento do sistema acusatório brasileiro, no sentido de especialização das funções: ao Ministério Público, como parte representante da sociedade, a coordenação das medidas judiciais necessárias à investigação criminal; e à Polícia Judiciária, enquanto órgão auxiliar da persecução criminal, empreender as diligências investigatórias necessárias à elucidação dos fatos.

Trata-se de uma tendência dos ordenamentos jurídicos ocidentais contemporâneos, a exemplo do modelo acusatório estadunidense, no qual a polícia conduz a investigação criminal com independência, mas há relação de coordenação com o *Parquet*, ao qual compete postular medidas judiciais e possui plena liberdade para avaliação dos elementos de informação.<sup>344</sup>

Em todo caso, a transferência de investigação ou de processo criminal, observa a chamada “cláusula de reserva de jurisdição”, inclusive quando sua conveniência surgir durante apuração coordenada por Equipe Conjunta de Investigação entre o Estado Brasileiro e outros países, conforme se depreende dos artigos 759 e 774.

O projeto busca regulamentar também as chamadas Equipes Conjuntas de Investigação (ECI), inserindo a temática no processo penal brasileiro, embora já prevista na legislação extravagante sem maiores delineamentos (a exemplo da genérica previsão contida no artigo 5º, inciso III, da Lei nº 13.344/16).

Ao tratar da constituição de Equipe Conjunta de Investigação (ECI), almeja-se a satisfação de compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil, conforme disposto em Convenções das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a Corrupção e o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Portanto, a formatação das equipes conjuntas pressupõe, alternativamente, a apuração de delitos

---

<sup>344</sup> Em precioso texto sobre os Ministérios Públicos nos EUA, confira-se o seguinte trecho: “Em maior ou menor quantidade, todos os Ministérios Públicos federais, estaduais e dos Condados oferecem denúncias criminais. No desempenho dessa função, um bom relacionamento entre Ministério Público e polícia é fundamental. Juridicamente a polícia norte-americana independe do Ministério Público; como todos sabem, porém, na prática os dois são altamente interdependentes [...] Embora o promotor sempre dependa da polícia para uma investigação rigorosa e para um adequado levantamento de provas, os seguintes fatores contribuem para fortalecer o promotor no relacionamento com a polícia: a) não temos a figura do delegado de polícia e não trabalhamos com inquéritos policiais, ou seja, a polícia não tem formação em Direito; b) a polícia não pode efetuar, por conta própria, uma busca ou mesmo expedir uma intimação; para fazê-lo, necessita autorização judicial, que só é obtida por intermédio da atuação do promotor de justiça; c) o promotor sempre pode orientar o policial no levantamento das provas; d) o promotor tem plena liberdade para apreciar esses elementos de investigação, ou seja, pela sua formação jurídica, sabe se deve ou não oferecer denúncia, solicitar mais diligências ou simplesmente encerrar o caso”. ANTHONY SIMON, JOHN. Considerações sobre o Ministério Público Norte-Americano ([https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1285250727.pdf](https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1285250727.pdf)).

perpetrados por organizações criminosas ou de corrupção e tráfico de drogas marcados pela nota distintiva da transnacionalidade.

Sobre o tema, ARAS leciona que:<sup>345</sup>

As ECIs, também conhecidas por **Joint Investigation Teams** (JIT), são modernos instrumentos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, baseadas no princípio do reconhecimento mútuo. Em francês são identificadas como *équipes communes d'enquête*. Em alemão, *Genmeinsame Ermittlungsgruppen*. Em espanhol, *equipos conjuntos de investigación*. E em italiano, *squadre investigative comuni*.

Entretanto, na contramão de um sistema acusatório e do princípio constitucional da eficiência, o projeto burocratiza em demasia a celebração de acordos operacionais para formação de Equipes Conjuntas de Investigação (ECI) ao centralizar no âmbito do Poder Executivo Federal a sua celebração, respectivamente, no Ministério da Justiça e Segurança Pública (ou autoridade por ele designada) ou no Ministério das Relações Exteriores (ou autoridade por ele designada), quando a autoridade central brasileira não estiver vinculada àquela primeira pasta.

Destarte, o auxílio direto para formação de Equipes Conjuntas de Investigação entre a Procuradoria-Geral da República e a Polícia Federal com organismos de persecução criminal estrangeiros revela-se mais adequado ao nosso sistema processual acusatório e eficaz sob o ponto de vista da investigação de delitos internacionais na presente era da velocidade de informação. Por essa razão, em alguns países tem sido eliminada a figura intermediária da autoridade central.

A propósito, bem elucidada a temática o Informativo nº 11 da Secretaria de Cooperação Internacional do Ministério Público Federal:<sup>346</sup>

A autoridade central não solicita ou requer medida de cooperação, pois não detém legitimidade processual para isso. Não lhe cabe interferir ou opor obstáculos às medidas de cooperação ou realizar qualquer ato de cooperação que não seja a prestação de informações sobre a legislação de cada Estado. Por isso, os Estados, buscando uma maior celeridade e efetividade na prestação jurisdicional, tem dado cada vez

<sup>345</sup> ARAS, Vladimir. <https://vladimiraras.blog/2017/02/22/as-equipas-conjuntas-de-investigacao-eci>.

<sup>346</sup> <file:///C:/Users/pedromagalhaes/Downloads/Informativo%20no%2011%20Equipes%20Conjuntas%20de%20Investigacao.pdf>.

mais preferência ao emprego de modalidades que impliquem na redução ou eliminação dessa figura intermediária, como é o caso do auxílio direto realizado diretamente entre as autoridades competentes para a cooperação.

No Relatório Técnico sobre a Meta 9 da ENCCLA 2017, uma equipe de procuradores da Secretaria de Cooperação Internacional do MPF afirmou que *“na maior parte dos Estados civilizados, com o intuito de dar uma maior expediência aos pedidos de cooperação, a autoridade central costuma ser órgão do Ministério Público local. Porque, como acontece no Brasil, cabe ao Ministério Público a titularidade da persecução penal, não estando essa instituição adstrita aos limites formais, legais e materiais dos órgãos auxiliares do Executivo. A entrega ao MP do papel de autoridade central dos tratados de cooperação respeita a dimensão internacional do titular da ação penal, autoridade com atribuição para examinar a legalidade e possibilidade material do cumprimento dos pedidos de cooperação”*.

O ideal, portanto, seria a formatação de Equipes Conjuntas de Investigação (ECI) diretamente entre a Procuradoria Geral da República e entidades congêneres de persecução criminal estrangeiras, tornando mais célere a concretização dos trabalhos de apuração, sem prejuízo de a Autoridade Central intermediar a cooperação entre ministérios públicos dos Estados e agências do exterior.

Além disso, há como premissa à constituição da Equipe Conjunta de Investigação (ECI) a apuração criminal de fato previsto como crime em tratado internacional subscrito pelo Brasil em duas hipóteses específicas (artigo 763, §1º): a) quando o delito possuir repercussão internacional (“com repercussão transnacional, que possa ser conduzida em território brasileiro ou estrangeiro”); ou b) a complexidade de infrações penais transnacionais exigir a cooperação multinacional (“a existência de apurações correlatas que exijam a coordenação de atuação de mais de um país, diante de sua complexidade”).

O projeto adequadamente optou pela utilização da expressão “delito” - que pode abranger tanto crime quanto contravenções penais em nossa ordem jurídica - para ensejar a composição das Equipes Conjuntas de Investigação (ECI). Com efeito, muitas organizações criminosas transnacionais são voltadas à prática de contravenções penais para exploração de jogos de azar em geral (artigos 50 a 58 do Decreto-Lei nº 3.688, de 1941).

Quando houver acordo de cooperação internacional para formatação de Equipes Conjuntas de Investigação (ECI), poderá ser firmado pelo Ministro

da Justiça e Segurança Pública ou autoridade por ele designada. As autoridades de persecução criminal integrantes da Equipe Conjunta de Investigação (ECI) devem possuir atribuição para atuar na apuração dos fatos investigados, conforme suas respectivas funções legais e constitucionais (artigo 763, §2º). Não obstante, poderá haver requisição da colaboração de autoridades de segurança pública de todas entidades federativas, bem como apoio de outras autoridades locais.

A propósito, VACCARO acertadamente sugere o aprimoramento da redação do artigo 768 do projeto para constar expressamente a possibilidade de participação do Ministério Público Estadual e da Polícia Judiciária Estadual nas equipes de investigação:<sup>347</sup>

Art. 768, que trata das Equipes Conjuntas de Investigação (ECI). Só há previsão da formação delas entre Polícia Federal e Ministério Público federal. Entretanto, da mesma forma que em relação à transferência de investigação ou processo, pode haver interesse de Equipe conjunta com a participação do Ministério Público estadual, com a polícia judiciária estadual.

O projeto, todavia, falha ao disciplinar que poderá haver participação da Advocacia-Geral da União como órgão integrante da Equipe Conjunta de Investigação (ECI) nos casos de fatos criminais que também possam caracterizar ato de improbidade administrativa ou responsabilidade civil ou administrativa por ato contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Isto porque, tal previsão vai de encontro à tendência legislativa de racionalização da atuação estatal, consistente em atribuir ao Ministério Público (com exclusividade) a propositura de ações de improbidade administrativa, remanescendo com as Procuradorias dos entes federativos (no caso da União a sua Advocacia-Geral) a busca pelo ressarcimento ao erário, conforme se observa do projeto da Nova Lei de Improbidade Administrativa (Projeto de Lei nº 10.887, de 2018) em estágio avançado de análise no Congresso Nacional.<sup>348</sup>

<sup>347</sup> VACCARO, Luciano. COMISSÃO ESPECIAL – GNCCRIM. CNPG. Análise do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 8.045/2010 (Novo Código de Processo Penal).

<sup>348</sup> O projeto da Nova Lei de Improbidade Administrativa de autoria do Deputado Federal Roberto de Lucena (Podemos/SP) é fruto de intensos trabalhos realizados por comissão de juristas, e propõe a divisão de atribuições nesta seara para fins de racionalização da atuação estatal: a ação de improbidade administrativa deverá ser proposta pelo Ministério Público (artigo 17, §1º) e a pessoa jurídica de direito público prejudicada pelo ato ímprobo deverá executar o ressarcimento dos danos, sem prejuízo da atuação subsidiária ministerial em caso de inércia do ente público lesado (artigo 18-A).

Assim, o texto pode ser aprimorado de modo a se compatibilizar com as propostas da Nova Lei de Improbidade Administrativa, inibindo atuações díspares e incongruentes do Estado brasileiro em benefício de toda sociedade: ao Ministério Público a busca pela responsabilização por ato de improbidade administrativa; à advocacia pública (no caso, a Advocacia-Geral da União) perseguir a recomposição do erário. Em outras palavras, não há óbice à integração da Advocacia-Geral da União como órgão integrante das Equipes Conjuntas de Investigação (ECI), desde que vinculada com pertinência temática ao seu plexo de atribuições, consistente na posterior reparação dos prejuízos causados ao patrimônio público.

O artigo 769 do texto proposto diz que “Cada Estado indicará o coordenador da Equipe Conjunta de Investigação quando os trabalhos desta foram desenvolvidos em seu território” e, adiante, o §2º, estabelece que nos casos em que houver, conjuntamente, a Procuradoria Geral da República e a Polícia Federal na Equipe Conjunta de Investigação (ECI) “a coordenação será exercida conjuntamente pelo Delegado de Polícia Federal e membro da Procuradoria Geral da República com atribuição para atuar no caso, salvo ajuste diverso entre os órgãos integrantes”.

Embora o texto confira margem de discricionariedade para excepcionar a coordenação dúplice dos trabalhos proposta como regra geral (entre membro da Procuradoria Geral da República e Delegado de Polícia Federal), tal previsão contraria a lógica do bom andamento de uma investigação criminal. Com efeito, o ideal seria estabelecer como regra que o integrante do Ministério Público coordenaria as medidas judiciais necessárias para o desenvolvimento dos trabalhos (postulando em juízo interceptações telefônicas, pedidos de busca e apreensão, requerimento de prisões temporárias etc.) e a Autoridade Policial conduziria a apuração dos fatos (presidindo o Inquérito Policial e executando as diligências materiais necessárias).

Assim, novamente, o modelo de persecução criminal com viés acusatório mais puro do que o nosso, adotado nos Estados Unidos da América (já mencionado), serviria de paradigma à divisão de trabalhos nas Equipes Conjuntas de Investigação (ECI), evitando a eventual e desnecessária disputa institucional por espaço e poder na apuração criminal de fatos transnacionais graves.

Também sobreleva destacar que andou bem o projeto no que diz respeito à minudência no tratamento dos requisitos e pressupostos das Equipes Conjuntas de Investigação (ECI), preenchendo lacuna de nossa legislação. Com efeito, o artigo 767 consagra doze requisitos que o acordo operacional deverá conter, dos quais sobreleva destacar “a definição precisa de seu objeto e finalidade” (inciso I), “as datas de início e conclusão de seus trabalhos, e as condições para sua prorrogação” (inciso IV) e “os direitos e deveres dos integrantes da equipe, observadas as disposições de direito internacional e interno dos respectivos

Estados participantes, inclusive quanto à documentação, vistos de entrada, uso de armas e proteção de dados” (inciso VIII).

Tais requisitos deverão constar das cláusulas do acordo operacional e possuem o inegável mérito de equilibrar a busca por eficiência na persecução criminal com o necessário respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos porventura investigados pela Equipe Conjunta de Investigação (ECI). Com efeito, toda apuração criminal deve ter objeto, começo, meio e fim.

Ademais, além das cláusulas do instrumento de cooperação técnica, os integrantes das Equipes Conjuntas de Investigação (ECI) devem observar os direitos e garantias fundamentais correlatos aos ordenamentos jurídicos em que são desenvolvidos os trabalhos, bem como os direitos humanos que subsidiam toda base normativa internacional para formulação de tratados de cooperação entre países no âmbito da persecução criminal.

Neste sentido, elogiável a redação do artigo 775 por sua clareza, ao prescrever que os integrantes da Equipe Conjunta de Investigação “observarão os tratados de direitos humanos de que sejam parte os Estados participantes, a legislação do Estado onde for desenvolvida a atividade de investigação da equipe e seu instrumento de cooperação técnica”.

Por fim, merece registro o disposto no artigo 772 ao dispor que os elementos de informação e provas coletados nas apurações criminais realizadas pela Equipe Conjunta de Investigação serão utilizados “exclusivamente” para subsidiar investigações de natureza criminal e ações penais relativas aos fatos tratados no instrumento de cooperação e os que lhes forem conexos.

Destarte, as duas únicas exceções à utilização não criminal do material se referem à possibilidade de seu uso como informação de inteligência para fins de evitar grave ameaça à segurança pública dos Estados participantes e para celebração de novo acordo específico entre todos os Estados participantes (artigo 772, incisos I e II). Logo, denota-se que a formação episódica de Equipes Conjuntas de Investigação vincula-se somente à pauta de assuntos da Justiça e da Segurança Pública.

### 3 CONCLUSÃO

O texto apresentado no bojo do projeto do Novo Código de Processo Penal Brasileiro constitui inegável avanço em relação ao atual cenário legislativo. Sem a pretensão de esgotar o tema neste breve artigo, verifica-se a necessidade de ajustes pontuais para racionalizar a atuação estatal, respeitando as atribuições dos órgãos de persecução criminal e o alcance do princípio constitucional da eficiência (artigo 37, *caput*, da CRFB/88) na elucidação de delitos cuja repercussão ultrapassa as fronteiras nacionais, especialmente aqueles cometidos por organizações criminosas.

Em síntese, sugere-se que o projeto seja aprimorado para:

- (A) Consagrar no texto que, quando houver a recepção de investigação ou processo estrangeiro pela Jurisdição Brasileira, deverão ser observadas as regras de distribuição de competência e atribuições de nosso sistema de justiça, devendo a Autoridade Central encaminhar o feito ao Ministério Público (Federal, Estadual, Distrital ou Militar) com atribuição para atuar naquela causa;
- (B) Possibilitar a formatação de Equipes Conjuntas de Investigação (ECI) diretamente entre a Procuradoria Geral da República e entidades congêneres de persecução criminal estrangeiras, sem prejuízo de a Autoridade Central intermediar a cooperação entre ministérios públicos dos Estados e agências do exterior;
- (C) Aprimoramento da redação do artigo 768 do projeto para constar expressamente a possibilidade de participação do Ministério Público Estadual e da Polícia Judiciária dos Estados na formatação das equipes de investigação;
- (D) Compatibilizar o texto de Novo CPP com o projeto da Nova Lei de Improbidade Administrativa (Projeto de Lei nº 10.887, de 2018), o qual atribui tão somente ao Ministério Público a propositura de ações de improbidade administrativa. Destarte, a participação da Advocacia-Geral da União nas Equipes Conjuntas de Investigação deve se limitar à busca pelo ressarcimento do erário;
- (E) Estabelecer, como regra, que nas Equipes Conjuntas de Investigação o integrante do Ministério Público coordenará as medidas judiciais necessárias ao desenvolvimento dos trabalhos (postulando em juízo interceptações telefônicas, pedidos de busca e apreensão, requerimento de prisões temporárias etc.) e a Autoridade Policial conduzirá a apuração dos fatos (presidindo o Inquérito Policial e executando as diligências materiais necessárias).

As alterações propostas ao texto do relatório substitutivo do projeto de Novo Código de Processo Penal não retiram os méritos do trabalho apresentado, apenas têm por escopo aperfeiçoar o conteúdo a ser debatido e votado pelos representantes da nação brasileira.



## COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL: PERSPECTIVAS DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ludmila de Paula Castro Silva<sup>349</sup>

**Resumo:** O presente texto tem por escopo discorrer sobre as alterações vindouras no Código de Processo Penal, com lastro no Projeto de Lei nº 8.045/2010, especificamente no que concerne à sistemática a ser adotada pelo Brasil em sede de cooperação jurídica internacional, compatibilizando-a com a necessidade de conceder celeridade aos atos de investigação e persecução penal a serem praticados no exterior ou cumpridos no Brasil a pedido de outro Estado ou Tribunal internacional a fim de conceder contraponto adequado à dinâmica moderna de atuação da criminalidade.

**Palavras-chave:** Cooperação jurídica internacional – Novo Código de Processo Penal – Projeto de Lei nº 8.045/2010.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. As relações jurisdicionais com autoridade estrangeira no Código de Processo Penal de 1941 e a cooperação jurídica internacional no Projeto do Novo Código de Processo Penal. 3. Cooperação jurídica internacional: noções, classificação e procedimentos. 4. Comentários sobre as alterações do Código de Processo Penal em termos de cooperação jurídica internacional: carta rogatória, auxílio direto ativo e passivo e homologação de sentença estrangeira. 5. Considerações finais. 6. Referências.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na última quadra da história designada como Idade Contemporânea, iniciada após a Revolução Francesa (1789), ocorreu o aumento da população mundial, dos meios de telecomunicação e transporte, além do desenvolvimento da indústria e comércio. Tal crescimento foi acompanhado pela criminalidade, que incrementou seu potencial lesivo ao valer-se dos avanços tecnológicos

---

<sup>349</sup> Promotora de Justiça no Estado de Mato Grosso do Sul. Assessora Especial do Procurador Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo-USP (aprovada com distinção - summa cum laude). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia-MG. Pós-graduada, em nível de especialização, em Crime Organizado, Corrupção e Terrorismo pela Universidade de Salamanca-Espanha, em Direito Constitucional pela UNIDERP e em Direito Processual pela UNISUL. Graduada em Direito e Letras pela Universidade Federal de Uberlândia. Professora da Escola de Direito do Ministério Público-MS e do Curso de Pós-graduação lato sensu em Segurança Pública e Fronteiras da UEMS-Dourados-MS.

para alcançar pessoas, bens e valores. Pode-se dizer que o mundo vivencia a revolução da informação<sup>350</sup>.

Nesta esteira, nota-se, de um lado, o crescente aperfeiçoamento das técnicas empregadas pela criminalidade organizada, que ignora limites de fronteira e noções de soberania, e, de outro, a acanhada aplicabilidade dos instrumentos de cooperação internacional e a insuficiência do intercâmbio de informações entre órgãos de investigação criminal e autoridades judiciárias de diferentes países.

Esta contradição salta aos olhos quando se verifica a praxe do livre trânsito da criminalidade, em suas diversas modalidades, sem controle sistematizado e efetivo, seja por fronteiras ou pelos mecanismos tecnológicos de comunicação. Extrai-se que se bem caminha o crime pelo tráfego intenso de dados e também bem caminham as pessoas de um lado para outro das fronteiras sem controle adequado, o quadro está perfeito para a incidência da impunidade, que resta fortalecida pelo déficit de organização dos países quanto ao espaço de seus limites territoriais e pela incipiente colaboração entre si.

Por conseguinte, a cooperação jurídica internacional coloca-se como tema indispensável para conceder respostas adequadas à macrocriminalidade com tentáculos transfronteiriços e transnacionais e, nessa esteira, a eficiência das ações estatais necessitam também de legislação condizente a lastrear o trabalho das autoridades.

## **2 A SISTEMÁTICA DAS RELAÇÕES JURISDICIONAIS COM AUTORIDADE ESTRANGEIRA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 E DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

O Código de Processo Penal (CPP - Decreto-Lei nº 3.689) de 1941 trata das relações jurisdicionais com autoridade estrangeira em seu Livro V (artigos 780 a 790), dedicando-se a estabelecer disposições gerais e procedimentos sobre cartas rogatórias e homologação de sentença estrangeira, sem prejuízo da aplicação de convenções ou tratados incorporados pelo ordenamento

---

<sup>350</sup> As inovações tecnológicas da nossa era causaram uma revolução comparável à revolução industrial. Enquanto nesta, a modificação das relações de trabalho e produção em massa dos bens de consumo alterou permanentemente a face do mundo moderno, impulsionando-o para um crescimento e acúmulo de riquezas que permitiu maior acesso ao bem estar das populações, a revolução digital revela-se pelo armazenamento de quantidade antes impensável de informações e a possibilidade de sua transmissão instantânea a praticamente qualquer local do globo terrestre, destacando a informação como elemento de importância vital em nossa sociedade. DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza. As Provas Digitais nos Delitos de Pornografia Infantil na Internet. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. Cap. 7. p. 189.

brasileiro. O regramento não foi atualizado desde sua edição, apesar das intensas mudanças na dinâmica social, mormente nas relações internacionais.

Chegado o tempo de proceder à compatibilização da moderna atuação da criminalidade e dos mecanismos de colaboração entre os Estados para a proteção da ordem jurídica global. Neste sentido, o Projeto de Lei nº 8.045/2010, que revoga o Decreto-Lei nº 3.689/1941 (CPP) e outras normativas, disciplina a sistemática a ser adotada pelo Brasil em sede de cooperação jurídica internacional, e não meramente as relações jurisdicionais com autoridade estrangeira como consta no CPP de 1941.

A diferença não se circunscreve somente à nomenclatura. A titulação dada pelo atual CPP foi concebida como o tratamento dado às diligências necessárias à instrução de processo penal, extremamente específica quanto a instrumentos de lenta efetivação. Em perspectiva mais ampla, a designação do Livro V do Projeto de Lei 8.045/2010 como “Da cooperação jurídica internacional” traz a noção de proposição abrangente das normas pertinentes, tendo como base legal os tratados ou promessas de reciprocidade, além da delimitação das competências das autoridades centrais previstas em tratado ou por via diplomática.

Consoante artigo 715, do Projeto de Lei nº 8.045/2010, o pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal tramitará por intermédio das autoridades centrais previstas em tratado ou por via diplomática, de modo que o Poder Executivo (Ministério da Justiça) exercerá as funções de autoridade central brasileira, salvo designação específica de tratado ou ato do Poder Executivo.

Cumpra dizer que o relatório parcial, exarado pelo Deputado Ronaldo Santini no bojo da Comissão Especial<sup>351</sup> destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei 8.045/2010, do Senado Federal, apontou sugestões de alteração de diversos dispositivos legais, dentre os quais o artigo 715, acrescentando, neste ponto, que a autoridade central brasileira poderá comunicar-se diretamente com suas congêneres e até com outros órgãos internacionais responsáveis pela tramitação e execução de pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Estado brasileiro, respeitadas as disposições específicas constantes de tratado.

---

<sup>351</sup> A Comissão promoveu reuniões com especialistas, recebeu sugestões de diversos órgãos, entidades e sociedade civil, e realizou audiência pública sobre o tema em 10 de outubro de 2.019, com os seguintes convidados: Luciano Vaccaro, Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal e de Segurança Pública – CaoCrim do MPRS; César Caputo, Advogado; Isalino Antônio Giacomet Júnior, Chefe da Divisão de Cooperação Jurídica Internacional do Departamento de Polícia Federal; Fabrizio Garbi, Diretor Adjunto do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça; Marconi Costa Melo, Coordenador Geral de Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal, Ministério da Justiça; e Bruno Freire de Carvalho Calabrich, Procurador Regional da República.

O projeto do novo CPP, em seu artigo 716, prevê que compete à autoridade central: I - encaminhar, instruir e analisar os pressupostos formais de admissibilidade dos pedidos ativos e passivos de cooperação jurídica internacional; II - coordenar a execução dos pedidos passivos de cooperação jurídica internacional cuja execução enseje a atuação de órgãos diversos. Por conseguinte, a autoridade central brasileira comunicar-se-á diretamente com as suas congêneres e, se necessário, com outros órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e execução de pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Estado brasileiro, respeitadas as disposições específicas constantes de tratado.

Ao reverso das estritas modalidades previstas no atual CPP, quais sejam carta rogatória e homologação de sentença estrangeira, o Projeto de Lei nº 8.045/2010 dispõe que o pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal será executado pelas seguintes modalidades: I - auxílio direto; II - carta rogatória; III - transferência de investigação ou de processo penal; IV - homologação de sentença estrangeira, inclusive para transferência de execução da pena, nos termos da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017; V - extradição, nos termos da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017; VI - transferência de pessoas condenadas, nos termos da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017; VII - outros mecanismos admitidos em tratados internacionais de que o Brasil faça parte.

No novo regramento, os instrumentos continuam não sendo taxativos, admitindo-se outros mecanismos, desde que previstos em tratados internacionais. Todavia, com o auxílio de legislação penal extravagante, houve um incremento nas ferramentas para o bom desempenho das funções investigativa e jurisdicional em âmbito de produção probatória dependente de prova no exterior e a respectiva cadeia de custódia. Bem se sabe que uma legislação apta a resguardar a atuação das autoridades, por si só, não gera a efetividade das ações, sendo imprescindível que se funde uma cultura de aplicação da normativa, com reflexos na doutrina e jurisprudência.

### **3 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: NOÇÕES, CLASSIFICAÇÃO E PROCEDIMENTOS**

Fábio Ramazzini Bechara (2011, p. 42-43) define cooperação jurídica internacional como o conjunto de atos que regulamenta o relacionamento entre dois Estados ou mais, ou ainda entre Estados e Tribunais Internacionais, tendo em vista a necessidade gerada a partir das limitações territoriais da soberania. A expressão “cooperação internacional” explica-se pela ausência de jurisdição e competência no território de outro Estado, pouco importando se a hipótese envolve ou não um crime internacional ou mesmo transnacional.

Basta que o ato que deva ser praticado, no caso a prova, seja transnacional. A relação que se estabelece entre os Estados é regida pelo Direito Internacional e no contexto das relações internacionais.

Relevante distinção feita por Bechara (2011, p. 43) quanto a crime transnacional e crime internacional faz-se imprescindível para entendimento do objeto da cooperação jurídica. Crime transnacional é aquele que viola o bem jurídico de dois ou mais países. Crime internacional é aquele que viola bens jurídicos universais e que se caracteriza pela ação generalizada ou sistemática.

A cooperação pode ser ativa e passiva, sendo que a primeira se refere a quem solicita a assistência e a segunda ao destinatário da solicitação. A cooperação pode ser feita entre autoridades judiciais ou entre autoridades não judiciais. Tem-se, ainda, a designação da cooperação por finalidade que, segundo Raúl Cervini (2000, p. 67-68), distribui-se em três níveis: primeiro grau ou assistência simples, destinada às notificações em Estado estrangeiro e à produção de provas; segundo grau ou medidas suscetíveis de causar gravames irreparáveis ao patrimônio, como por exemplo o sequestro de bens; terceiro grau ou medidas suscetíveis de causar gravames irreparáveis aos direitos e liberdades, como por exemplo a extradição.

Bechara (2011, p. 46) acrescenta um quarto critério de classificação referente ao procedimento pelo qual o pedido de cooperação processa-se: a) extradição, que consiste em ato de entrega de pessoas processadas ou condenadas por um Estado a outro, como também é um procedimento para que este objetivo seja atingido; b) pedido de homologação de sentença estrangeira, que se trata de procedimento destinado à nacionalização de decisões estrangeiras, com o objetivo de lhes reconhecer eficácia executiva; c) carta rogatória, que se destina à prática de atos diversos daqueles que constituem objeto da extradição e da homologação da sentença estrangeira, tais como a produção de provas, a execução de meios de obtenção de provas, a comunicação de atos processuais, dentre outros; d) pedido de auxílio direto, cujo objeto confunde-se com o objeto da carta rogatória, contudo, diferencia-se no procedimento, sendo dotado de maior agilidade e menor burocracia.

De acordo com o artigo 717, do Projeto de Lei nº 8.045/2010, a cooperação jurídica internacional será prestada em apuração criminal ou correlata de fato que configure delito previsto em tratado internacional de que o Brasil seja parte. A transmissão de informações espontâneas relacionadas a fatos que constituam ilícitos no Brasil ou em Estados estrangeiros poderá ser realizada diretamente entre autoridades congêneres dos países envolvidos ou por meio dos procedimentos de auxílio direto internacional previstos em tratado internacional ou no CPP, podendo, neste último caso, serem utilizadas como prova em procedimentos penais.

No atual CPP consta a disposição no sentido de que *as sentenças estrangeiras não serão homologadas, nem as cartas rogatórias cumpridas, se contrárias à ordem pública e aos bons costumes*. Já no projeto do novo CPP consta que *na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro ou que violem direitos e garantias previstos em compromisso internacional sobre direitos humanos*. Em termos diversos, a mensagem legislativa parece ter a mesma intenção: vedar que atos provenientes de outros Estados afrontem o ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4 COMENTÁRIOS SOBRE AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM TERMOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: CARTA ROGATÓRIA, AUXÍLIO DIRETOATIVO E PASSIVO E HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA**

Algumas alterações previstas para o CPP podem trazer relevante arcabouço para diminuir as deficiências na repressão da criminalidade transnacional e internacional, mormente pela concessão de agilidade ao trâmite entre autoridades de Estados diversos. Com destaque a alguns aspectos, passa-se a tecer comentários pertinentes aos procedimentos de tramitação da carta rogatória, auxílio direto ativo e passivo e homologação de sentença estrangeira.

A primeira questão positiva apontada no referido projeto do novo CPP, em sede de cooperação jurídica internacional, consiste na dispensa de tradução juramentada, autenticação ou qualquer procedimento de legalização, presumindo-se legítimos e autênticos os documentos encaminhados por meio da autoridade central ou por via diplomática, o que pode ser feito até mesmo por via eletrônica. Além disso, prevê o futuro novel diploma legal que, havendo reciprocidade, a tradução poderá ser dispensada pela autoridade central.

Por força do artigo 236 do atual CPP, *os documentos em língua estrangeira serão, se necessário, traduzidos por tradutor público, ou, na falta, por pessoa idônea nomeada pela autoridade*. Ainda que o artigo 782, do CPP não preveja expressamente a tradução de documentos e diga que *o trânsito, por via diplomática, dos documentos apresentados constituirá prova bastante de sua autenticidade*, firmou-se a praxe de tradução juramentada dos documentos, o que retarda sobremaneira os procedimentos de cooperação jurídica internacional, além de trazer custos elevados para pagamento de honorários de tradutores.

Outro aspecto digno de nota no Projeto de Lei nº 8.045/2010 consiste na dispensa de audiência da parte interessada quanto a medida judicial, cautelar ou probatória sigilosa, requerida no pedido de cooperação jurídica

internacional, caso a comunicação prévia do ato a ser praticado puder inviabilizar seu cumprimento. A disposição parece elementar ao ordenamento brasileiro, quando se analisa o corpo de normas que tutelam medidas restritivas, como por exemplo o artigo 8º da Lei nº 9.296/1996, que trata do sigilo das diligências de interceptação telefônica. Contudo, dado que se poderá estar diante do cumprimento de ato proveniente de outro ordenamento jurídico que não tenha como regra tal sigilo, a previsão mostra-se prudente e produtora.

Particularidade que importa destaque no Projeto de Lei nº 8.045/2010 consta da redação dada ao artigo 724, do CPP, que admite *a prestação de cooperação jurídica internacional para auxiliar atividades investigativas ou persecutórias intentadas por tribunais internacionais, na forma da legislação ou tratado específico*. O dispositivo coaduna-se à nova dinâmica internacional que legitima tribunais internacionais a decidir sobre determinado litígio ou causa que envolva dois Estados ou em hipótese de que algum Estado não tenha atuado com a necessária diligência e suficiência para tutelar o direito humano, que traz a característica intrínseca de ser resguardado pela comunidade internacional.

Além da prestação de auxílio direto aos Tribunais, a disposição geral reforça a ideia de que a cooperação jurídica internacional seja prestada em apuração criminal ou correlata de fato que configure delito previsto em tratado internacional de que o Brasil seja parte, viabilizando a formação de equipes conjuntas de investigação, já previstas nas Convenções das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a Corrupção e o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Isto quer dizer que o Brasil, com a legislação ora projetada, busca também atender aos compromissos internacionais já assumidos.<sup>352</sup>

Na esteira das Convenções da ONU de Viena, Palermo e Mérida, além dos acordos bilaterais (tratado de assistência jurídica mútua - MLAT), ainda que não haja previsão constitucional, a modalidade de cooperação jurídica

---

<sup>352</sup> O relatório do projeto feito pelo deputado federal relato João Campos fez constar as seguintes razões no aspecto ora em apreço: “1.25 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E LEI DE MIGRAÇÃO - Promoveu-se a atualização da cooperação jurídica internacional, à luz da Lei nº 13.445/17, que revogou o antigo Estatuto do Estrangeiro, e conferiu-se maior agilidade aos trâmites da cooperação internacional. As alterações foram fruto de diálogo com os vários atores do respectivo cenário. Também foi incorporada disciplina das equipes conjuntas de investigação, atendendo a compromissos internacionais assumidos. Tais equipes poderão ser constituídas para a apuração criminal de fato que configure delito previsto em tratado internacional de que o Brasil seja parte, a fim de que possa ser conduzida em território brasileiro ou estrangeiro, ou ainda quando houver apurações correlatas que exijam a coordenação de atuação de mais de um país, diante de sua complexidade”. CAMPOS, João. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Penal: Voto do relator. 2018. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=Tramitacao-PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=Tramitacao-PL+8045/2010). Acesso em: 15 jan. 2020.



internacional designada como auxílio direto ganha espaço e maior respaldo com a previsão expressa no futuro CPP e presta-se a conceder auxílio para realização de diligências, medidas processuais e provas, as quais serão colhidas fora do território do país em que o crime será julgado.

Vale dizer que a modalidade do auxílio direto tem se mostrado mais ágil que o encaminhamento de carta rogatória a outro país. Extrai-se que o foco de poder nas autoridades centrais dos Estados, dado pela via da assistência direta, torna menos burocrático e, por conseguinte, mais célere a concatenação dos atos quando se compara com o instituto da carta rogatória.

Isto porque, em caso de carta rogatória ativa, ou seja, aquela que o Brasil é demandante da diligência, deve-se seguir todo o trâmite do país receptor, que pode ser tão burocrático quanto o processamento de carta rogatória passiva ao Brasil e, nesta via, dependerá de *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça (conforme Emenda Constitucional nº 45/2004) para depois seguir para o respectivo Tribunal Regional Federal e, ato contínuo, ao Juiz Federal competente.

Noutra perspectiva, o auxílio direto, ainda que dependa de decisão judicial, viabiliza dinamicidade, pois a autoridade central recebe o pedido de apoio e encaminha ao Ministério Público Federal ou à Polícia Federal para o devido cumprimento. Além do auxílio direto ser gerenciado pelas autoridades centrais, Fábio Ramazzini Bechara (2011, p. 54-55) aponta uma importante diferença: na carta rogatória se processa o pedido formulado pela autoridade judicial estrangeira, sendo que a intervenção da autoridade judicial do Estado requerido limita-se a uma cognição restrita à admissibilidade da solicitação, tratando-se, portanto, de um pedido judicial estrangeiro; no auxílio direto, a própria autoridade do Estado requerido toma a decisão, por provocação da autoridade estrangeira, com análise das formalidades pertinentes e o mérito da solicitação, tratando-se de provocação que pode ser feita pelas partes interessadas, autoridade policial e juiz.

Em se tratando de cartas rogatórias e do auxílio direto passivos, na esteira dos artigos 735 e 737, do Projeto de Lei, *o Estado requerente poderá solicitar quaisquer medidas assecuratórias admitidas pela lei brasileira*, sendo que os atos praticados internamente para cumprimento destes são regidos pela legislação brasileira. Outra medida neste âmbito que pode acelerar o intercâmbio de informações consta do artigo 746, do Projeto de Lei, que dispõe que o pedido passivo de auxílio direto destinado à prestação de informações que, pela lei brasileira, não dependa de ordem judicial, poderá ser atendido diretamente pela autoridade central ou por ela encaminhado à autoridade competente ou destinatária da medida.

O Projeto de Lei nº 8.045/2010, em seus artigos 750 e 751, com acerto, fez previsão de que as autoridades judiciárias federais e estaduais elaborarão



e assinarão as cartas rogatórias ativas e pedidos ativos de auxílio direto. Até então, em sede de cooperação jurídica internacional, concedeu-se total competência e atribuição às autoridades federais, relegando às autoridades estaduais o mero papel de solicitante, sem possibilidade de interferência direta.

A referência também às autoridades estaduais faz-se necessária, ainda mais quando se considera que o Brasil tem 16.885 quilômetros de área fronteiriça, com nove países e o departamento da Guiana Francesa, o que posiciona o país com a qualificação de terceira maior fronteira terrestre do mundo, atrás apenas da China e da Rússia. As fronteiras não consistem em meras demarcações cartográficas, atingindo, em conceito extensivo, os espaços não perfeitamente delimitados, em sua maioria, com complexidades ímpares - dignas de delongados estudos e pesquisas - e terreno fértil para a transgressão de direitos humanos e fundamentais, mormente de pessoas vulneráveis.

Neste contexto, a atuação das autoridades estaduais, mormente delegados de polícia, promotores de justiça e juízes estaduais, constitui via indeclinável, principalmente, mas não somente, em regiões de fronteira, seca ou úmida. Diga-se de passagem, há premente necessidade de um regime próprio de fronteiras, com conjugação de esforços de diversas instituições e autoridades para que se possa ter mais chance de elucidação de crimes transfronteiriços.

No que respeita à homologação de sentença estrangeira, o Projeto de Lei do novo CPP traz regramento singelo, limitando-se a dispor sobre a forma e órgão competente, sem mencionar sobre o respectivo trâmite procedimental. Diferentemente do atual CPP, que prevê a homologação da sentença estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal, o Projeto de Lei dispõe que tal pedido será feito por via de ação de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça, prevendo também a possibilidade de concessão parcial.

Relevante mencionar a cláusula genérica a que faz alusão o inciso I do artigo 717 do Projeto de Lei nº 8.045/2010 no sentido de que o pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal será executado também por outros mecanismos admitidos em tratados internacionais de que o Brasil faça parte. Esta cláusula dá ensejo à possibilidade de aceitação do mandado de captura com entrega ao país solicitante, entretanto, por certo, seria melhor se tal modalidade constasse expressamente.

Ainda que assim não esteja posto, por via da Decisão nº 48/10 do Conselho do Mercado Comum – Mercosul e após a edição do Decreto Legislativo nº 138/2018, foi aprovado o texto do Acordo sobre Mandado Mercosul de Captura e Procedimentos de Entrega entre os Estados Partes do Mercosul, assinado na XL Reunião Ordinária do Conselho do Mercado Comum, realizada em Foz do Iguaçu-PR, em 16 de dezembro de 2010. A União Europeia também aprovou o Mandado de Detenção Europeu e os procedimentos

de entrega entre os Estados-membros, em vigor desde 2004. O instrumento foi implantado pela Decisão-Quadro 2002/584/JAI.

Traçando um paralelo entre as modalidades do mandado de detenção e captura da União Europeia e Mercosul, respectivamente, é possível verificar que o instrumento europeu substituiu definitivamente a extradição entre os membros da União Europeia e, noutro norte, o mandado do Mercosul tem aplicação restrita condizente a uma decisão judicial emitida por um país, com vistas à prisão e entrega por outro, de uma pessoa procurada para ser processada pelo suposto cometimento de crime, para que responda a um processo em curso ou para execução de uma pena privativa de liberdade. Nota-se que o alcance das inovações adotadas é diretamente proporcional ao nível de integração entre os Estados-membros (VENANCIO, 2012, p. 51).

A velocidade da escalada da criminalidade organizada exige medidas eficientes de ruptura das estruturas, o que envolve fatores como expropriação dos bens angariados com o crime e desmantelamento da teia de ações com a prisão dos criminosos. Isto justifica a extrema necessidade de que a extradição, com os trâmites burocráticos e morosos atualmente vislumbrados, seja paulatinamente substituída por mecanismos simplificados de entrega de pessoas que respondam a processo penal (VENANCIO, 2012, p. 52).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas as ponderações supra, pretendeu-se trilhar apontamentos sobre o paradigma de mudança da sistemática das relações jurisdicionais com autoridade estrangeira, prevista no Código de Processo Penal de 1941, para a cooperação jurídica internacional, na forma disposta no Projeto do Novo Código de Processo Penal.

Pode-se dizer que o Projeto de Lei nº 8.045/2010, ainda que mereça adaptações, engrandece o enquadramento da cooperação jurídica internacional no Brasil. Tal afirmação, além de outros motivos, deve-se à intenção de conceder agilidade ao trâmite dos pedidos e pelo incremento da previsão de que as autoridades estaduais competentes para a condução de inquérito policial, promoção da ação penal ou outros procedimentos criminais instaurados no Brasil, também devem participar desse trabalho conjunto com outros Estados e Tribunais internacionais, quanto às providências de elaboração e assinatura dos pedidos ativos de auxílio direto.

Mister cogitar, ainda que minimamente, a paridade de armas entre criminalidade e atores da investigação criminal, o que tramita pela estratégia de maior aparelhamento estatal, inclusive com fomento ao compartilhamento de informações entre instituições com poderes de investigação, nacionais e internacionais.

Nesta senda, a cooperação jurídica internacional pressupõe a conjugação de esforços entre os entes na ordem internacional, elevando o nível de utilização dos princípios da confiança e reciprocidade para reger as relações internacionais, máxime a fim de alcançar a eficiência esperada na proteção do ser humano, independente de nacionalidade, lugar de ocorrência do fato ou legislação aplicável ao caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**. extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALLE, Saulo Stefanone. **Cooperação Jurídica Internacional e Auxílio Direto Ativo em Matéria Penal**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

ARAS, Vladimir. **Direito Probatório e Cooperação Jurídica Internacional**. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. Cap. 15.

ARAUJO, Nadia de. **Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça**. Comentários à Resolução nº 9/2005. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2010.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de. **Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: eficácia da prova produzida no exterior**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, João. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Penal: Voto do relator. 2018. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=Tramitacao-PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=Tramitacao-PL+8045/2010). Acesso em: 15 jan. 2020.

CERVINI, Raúl; TAVARES. Juarez, **Princípios da cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: RT, 2000.

DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza. **As Provas Digitais nos Delitos de Pornografia Infantil na Internet**. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FIGUEIREDO, Luiza Vieira Sá de. **Direitos sociais e políticas públicas transfronteiriças: a fronteira Brasil-Paraguai e Brasil-Bolívia**. Curitiba, Paraná: CRV, 2013.

GOLDFINGER, Fábio Ianni. **O papel do Ministério Público nas Investigações Criminais no Mundo Moderno**. 1.ed. Campo Grande: Contemplar, 2012.

RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

VENANCIO, Daiana Seabra. O Mandado de Detenção Europeu vs. o Mandado de Captura do Mercosul: uma análise comparativa. **Revista do Programa de Direito da União Europeia: Módulo Europeu do Programa Jean Monnet da FGV Direito Rio**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 27-54, 2012.



## PERSPECTIVAS PARA O DIREITO PROCESSUAL ELETRÔNICO NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Paulo César Zeni<sup>353</sup>

**Resumo:** A tramitação do Projeto de Lei nº 8.045/2010, do Senado Federal, destinado à aprovação do novo Código de Processo Penal, suscita importantes indagações relacionadas à possível incorporação de novas regras procedimentais aplicáveis ao processo judicial eletrônico no âmbito do direito processual penal. O presente artigo destina-se à apresentação do atual panorama do processo judicial eletrônico brasileiro e dos reflexos ocasionados pela Lei do Processo Judicial Eletrônico (Lei nº 11.419/2006) no direito processual penal, bem como à apreciação dos preceitos relacionados ao tema atualmente contidos no projeto de novo Código de Processo Penal, sob a perspectiva do direito processual eletrônico.

**Palavras-chave:** Processo Eletrônico – Projeto do Novo CPP – Lei nº 11.419/2006.

**Sumário:** 1. A implantação do processo judicial eletrônico no Brasil - 1.1 Antecedentes históricos - 1.2 O processo judicial no ciberespaço - 1.3 Marco legal do processo judicial eletrônico - 1.4 A regulamentação do processo judicial eletrônico pelo Conselho Nacional de Justiça. 2. Repercussões do processo judicial eletrônico no direito processual penal - 2.1 Aplicabilidade da Lei nº 11.419/2006 ao direito processual penal - 2.2 Investigação criminal no processo judicial eletrônico - 2.3 Videodepoimento e videointerrogatório - 2.4 Uso de videoconferência nas audiências de custódia - 2.5 Publicidade e sigilo no processo eletrônico - 2.6 Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados. 3. Comunicações processuais no processo judicial eletrônico - 3.1 Diário da justiça eletrônico - 3.2 Portal da intimação eletrônica - 3.3 Meios alternativos de intimação - 3.4 O registro de usuário nos sistemas de intimação eletrônica - 3.5 O registro de usuário no direito processual penal - 3.6 A intimação eletrônica da vítima. 4. Conclusão: primeiros passos do direito processual penal eletrônico. 5. Referências.

---

<sup>353</sup> Promotor de Justiça no MPMS. Procurador-Geral Adjunto de Justiça Institucional do MPMS. Titular da Promotoria de Justiça de Direitos Humanos da comarca de Campo Grande. Presidente do Comitê Gestor do Processo Eletrônico do MPMS.

Coordenador da Comissão de Pesquisa e Inovação em Inteligência Artificial do MPMS. Mestre em Direito pela Fundació Universitat de Girona, Espanha. Especialista em direito Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/MS. Autor do livro “Fundamentos do Processo Judicial Eletrônico e a Defesa dos Direitos no Ciberespaço” (Ed. Fórum).

## 1 A IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NO BRASIL

### 1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O uso de ferramentas de tecnologia da informação para apoio às atividades judiciárias não constitui novidade exclusiva da era da internet, a maioria dos tribunais ao redor do planeta utiliza-se há bastante tempo de instrumentos tecnológicos para facilitar ou apoiar a execução de etapas do processo.

Dory Reiling (2009, p. 47), a propósito, rememora o uso, entre as décadas de 1950 e 1960, de tecnologias de suporte para fins jurisdicionais, referindo-se ao emprego de recursos audiovisuais e de mecanismos de tradução simultânea para a realização de julgamentos de crimes de guerra logo após o fim da Segunda Guerra Mundial.<sup>354</sup>

Os mais recentes avanços da informática permitiram, entretanto, um aprofundamento na utilização das tecnologias da informação e da comunicação para fins judiciais, mediante a criação de bancos de dados e sistemas de gestão de casos e de apoio aos sujeitos processuais, modificando-se dramaticamente o modo como as partes se comportam no decorrer do processo judicial.

Relatório da *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ) constata a adesão de quase a totalidade dos tribunais europeus a ferramentas eletrônicas de assistência aos juízes, promotores e serventuários da justiça, bem como para apoio administrativo, gerenciamento de casos, comunicação entre tribunais e usuários, governança corporativa e segurança de dados.

Segundo relatório da CEPEJ, em 89% dos países pesquisados há bancos de dados centralizados de casos legais e, em 98% deles, há ferramentas eletrônicas de gestão de casos<sup>355</sup>, o que permite o acesso rápido à informação e a gestão eficiente de um grande número simultâneo de processos.

No Brasil, também se constata fenômeno semelhante: não apenas as entidades jurisdicionais, mas também o Ministério Público e órgãos investigativos brasileiros utilizam-se ativamente de sistemas de gestão procedimental e de banco de dados eletrônicos para facilitar a administração

---

<sup>354</sup> *In an early example of the use of information technology in the courtroom, the war crimes tribunals after World War II made use of film material and simultaneous translation (Radlmaier p. 67). In 1961, the court trying WWII war criminal Adolf Eichmann used simultaneous interpretation, photocopies and super8-films. Today, many different kinds of IT are used by the United Nations International Criminal Tribunals and the International Criminal Court: video and audio recording of the court sessions, simultaneous interpretation, electronic court reporting, videoconferencing for witness hearings, and electronic files. Moreover, the tribunals maintain web sites with their decisions, back-ground information, and sounds and images from the courtroom* (REILING, 2009, p. 47).

<sup>355</sup> CEPEJ. European Commission for the Efficiency of Justice. Cepej Studies nº 24 - Use of information technology in European courts. 2016.



dos seus processos<sup>356</sup>, o que otimiza o acesso a informações necessárias à tramitação dos feitos judiciais e também oferece subsídios para uma atuação mais eficiente.

O uso da tecnologia nos exemplos antes referidos reveste-se, entretanto, de papel meramente secundário ou auxiliar, na medida em que se presta à facilitação do trabalho em determinadas fases ou etapas processuais sem, contudo, substituir os meios tradicionais de materialização e registro de processos em formato físico.

Convencionou-se denominar a esse fenômeno de *e-Justiça*, definida por Fernando Galindo como “*conjunto de todos aquellos procedimientos cuyas puestas en práctica está originando la introducción y uso habitual de las TIC [Tecnologías da Informação e Comunicação] en el trabajo próprio de la Administración de Justicia*” (GALINDO, 2016, p. 1328).

A expressão *e-Justiça* contempla, desse modo, um acontecimento relativamente antigo, que antecede o surgimento do processo judicial eletrônico, compreendendo diversas formas de emprego da tecnologia da informação e da comunicação para a administração da justiça, muitas das quais já se empregavam antes mesmo do surgimento das redes de computadores.

A efetiva transição dos processos judiciais para o *ciberespaço* representa, por sua vez, uma etapa evolutiva mais recente e radical que a *e-Justiça*, constituindo um aprofundamento desse fenômeno para a superação dos mecanismos físicos de registro e prática de atos processuais<sup>357</sup> e realização de todas as fases do processo judicial em um ambiente imaterial eletrônico, “permitindo completamente o acesso, desde o início até a coisa julgada, ao caminho online” (ABRÃO, 2009, p. 29).

## 1.2 O PROCESSO JUDICIAL NO CIBERESPAÇO

A expressão *ciberespaço* foi empregada originalmente no ano de 1984 por William Gibson, em seu livro *Neuromancer*, uma obra de ficção científica – clássico inaugural da literatura *cyberpunk* –, pretendendo conferir uma significação ambiental, quase geográfica, à palavra *cibernética*:

Na época, operava num barato quase permanente de adrenalina, subproduto da juventude e da proficiência,

<sup>356</sup> A propósito, merecem referência as redes SIGO (<http://www.projetosigo.com.br/projeto>) e INFOSEG (<http://www.cnj.jus.br/sistemas/infoseg>), amplamente utilizadas por autoridades policiais e Ministério Público para a gestão e difusão de informações na área criminal.

<sup>357</sup> Ato processual é um ato jurídico que tem por objetivo a constituição, o desenvolvimento, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica processual. O ato processual se distingue de outros atos jurídicos pela única circunstância de ser praticado no processo (ALVIM, 2008, p. 74).

conectado num deck de ciberespaço customizado que projetava sua consciência desincorporada na alucinação consensual que era a matrix. Ladrão que trabalhava para outros ladrões, mais ricos, empregadores que forneciam o software exótico necessário para penetrar as muralhas brilhantes de sistemas corporativos, abrindo janelas para fartos campos de dados (GIBSON, 2008, p. 20).

A expressão *cibernética*, por sua vez, na acepção aqui empregada<sup>358</sup>, foi cunhada no ano de 1948 pelo matemático Norbert Wiener, em seu livro *Cybernetics: or the Control and Communication in the Animal and the Machine*, em cooperação com o fisiologista Arturo Rosenblueth e o engenheiro Julian Bigelow, para designar uma *teoria da comunicação e do controle* mais abrangente que o estudo da linguagem, englobando o estudo das mensagens como mecanismo de automação das máquinas, dos seres vivos e, por decorrência lógica, da sociedade:

Decidimos chamar todo o campo da teoria do controle e da comunicação, seja na máquina ou no animal, pelo nome *Cibernética*, que formamos do grego κυβερνήτης ou *governador*. Ao escolher este termo, queremos reconhecer o primeiro trabalho significativo sobre mecanismos de realimentação em um artigo sobre *lemes de navio*, publicado por Clerk Maxwell em 1868, e que esse *governador (controlador)* é derivado de uma corruptela latina de κυβερνήτης. Também desejamos remeter ao fato de que os dispositivos de *controle* de navios são efetivamente uma das formas mais antigas e melhor desenvolvidas de mecanismos de realimentação (WIERNER, 1985, p. 11-12, tradução nossa).

Embora a *cibernética* não tenha se consolidado enquanto um ramo reconhecido da ciência<sup>359</sup>, o vocábulo *ciberespaço* rapidamente transcendeu as

<sup>358</sup> A palavra *cybernétique* havia sido utilizada em 1834 pelo físico André-Marie Ampère (1775-1836) para se referir às ciências de governo num extenso sistema de classificação dos conhecimentos humanos (CROWTER, 1975, p. 213). Wiener viria, mais tarde, a reconhecer esse antecedente em seu livro *Cibernética e sociedade: o uso humano dos seres humanos*, aduzindo: “Descobri casualmente, mais tarde, que a palavra já havia sido usada por Ampère com referência à ciência política que foi inserida em outro contexto por um cientista polonês; ambos os usos datavam dos primórdios do século XIX” (WIERNER, 1968, p. 15).

<sup>359</sup> Segundo Joo Ho Kim: “Apesar de ter estimulado hipóteses, teorias e pesquisas tanto na antropologia como em diversos outros campos científicos, e ter dado origem a novas áreas, como as ciências cognitivas, a cibernética foi esquecida como a ‘vasta teoria das mensagens’

raias da ficção científica e alcançou o mundo real, descrevendo um fenômeno que modificou a vida e a convivência humana na sociedade contemporânea.

A palavra ciberespaço significa, na atualidade, essa nova dimensão proporcionada pelo avanço tecnológico: um mundo imaterial e desterritorializado composto essencialmente por atos de comunicação, que dispensa a presença ou a existência física, frutificando de tal modo em um domínio virtual de convivência<sup>360</sup> – a *alucinação consensual* visionariamente antecipada na ficção por Gibson<sup>361</sup>.

Conforme alerta Bruce Sterling (1992), o ciberespaço, não obstante sua imaterialidade, tornou-se um lugar real, onde milhares de pessoas normais vivem e interagem, onde fatos acontecem e produzem consequências genuínas,<sup>362</sup> onde são praticados atos lícitos e ilícitos dotados de autêntico efeito jurídico.

---

aspirada por Wiener: ‘quase ninguém, hoje, se auto-intitula um ‘ciberneticista’. Alguns acreditam que o projeto de Wiener tornou-se vítima da moda científica [...]. Outros pensam que [...] a cibernética, que estava baseada em uma inspirada generalização, tornou-se vítima da incapacidade para lidar com detalhes’ (Kunzru, 2000, p. 138). Assim, seus modelos teóricos se desgastaram e, mesmo no campo do controle artificial, onde se consolidaram sólidas disciplinas ‘cibernéticas’ como a informática e a robótica, a proposta de Wiener esvaziou-se na prática. É importante notar que, se por um lado, a cibernética não se consolidou no plano científico, ela influenciou de forma determinante a cultura moderna com resíduos de seus modelos explicativos, engendrando, junto com outros resíduos que são incessantemente produzidos pela tecnologia e ciência, o que poderíamos chamar hoje de ‘cibercultura’” (KIM, 2004, p. 205).

<sup>360</sup> O ciberespaço é entendido como “a dimensão da sociedade em rede, onde os fluxos definem novas relações sociais” (SILVA). Nesta conceituação, o ciberespaço aparece como um espaço que se legitima por meio da presença das relações sociais. Nunes, em sua conceituação do que seria o ciberespaço, diz que esse é “um espaço dinâmico de informações que se entrelaçam de maneira recorrente remetendo-nos infinitamente para novas informações, dada sua natureza pluritextual” (2003) definição bem mais técnica e filosófica que adota o fator de descrição do ciberespaço, dando-nos, em breves palavras, a sensação de que se trata de um espaço caracterizado por redes informacionais (AZEVEDO; MONTEIRO, 2010, p. 142).

<sup>361</sup> *Esta Nueva realidad impuso, en forma temprana, el acño del término ‘ciberespacio’ para poder sintetizar el lugar en donde estos fenómenos se ejecutan y que se relacionan directamente, a su vez, con el uso abusivo de sistemas de comunicación por vía informática* (ABOSO, 2006, p. 11).

<sup>362</sup> Um escritor de ficção científica cunhou o termo útil “ciberespaço” em 1982. Mas o território em questão, a fronteira eletrônica, tem cerca de cento e trinta anos. Ciberespaço é o “lugar” onde uma conversa telefônica parece ocorrer. Não dentro de seu telefone real, o dispositivo de plástico em sua mesa. Não dentro do telefone da outra pessoa, em alguma outra cidade. O lugar entre os telefones. O lugar indefinido lá fora, onde os dois de vocês, dois seres humanos, realmente se encontram e se comunicam. Embora não seja exatamente “real”, “ciberespaço” é um lugar genuíno. Coisas acontecem lá e têm consequências muito genuínas. Esse “lugar” não é “real”, mas é sério, muito sério. (...) porque as pessoas vivem nele agora. Não apenas algumas pessoas, não apenas alguns técnicos e excêntricos, mas milhares de pessoas, pessoas bastante normais. E não só por um pouco de tempo, mas por horas seguidas, durante semanas, meses e anos. O Ciberespaço hoje é uma “Net”, uma “Matrix” de âmbito internacional e que cresce rápida e constantemente. Está crescendo em tamanho, e riqueza, e importância política (STERLING, 1992, tradução nossa).

Diversos tipos de processos<sup>363</sup> humanos e sociais migraram gradativamente para o ciberespaço, permitindo a aceleração, o barateamento e a simplificação de práticas ou rotinas que outrora exigiam maior disponibilidade de recursos, bem como facilitando a execução de atos complexos e sofisticados, cuja concretização no mundo físico resultaria virtualmente impossível.

Essa transferência de rotinas físicas para o ambiente imaterial das redes de comunicação resultou na construção de uma categoria mais abrangente de processos realizados no ciberespaço, os quais podem ser genericamente denominados de *processos eletrônicos*<sup>364</sup>, abrangendo desde os notáveis avanços ocasionados pela virtualização dos serviços bancários até a crescente operação de processos eletrônicos de compra e venda de mercadorias (*e-commerce*).

Mesmo as rotinas humanas mais triviais estão migrando para o ciberespaço: há serviços que permitem iniciar relações afetivas com o auxílio de algoritmos, aplicativos para compartilhar caronas, além de ferramentas que favorecem até mesmo a consecução de comportamentos criminosos, tanto daqueles que precedem a existência do ciberespaço (calúnias, injúrias, estelionatos, racismo, pedofilia, furtos, falsificações, violações de direitos autorais, etc.), como de novos tipos de crimes surgidos justamente em razão do novo cenário (invasão de dispositivos informáticos, interrupção de serviços telemáticos, falsificação de cartão de crédito).

O emergir do processo judicial eletrônico representa apenas mais uma faceta dessa conjuntura abrangente de utilização da tecnologia da informação e da comunicação para a prática de variados comportamentos da vida social: é natural e necessário que também os processos de natureza judicial migrem para esse novo ambiente imaterial, acompanhando de tal modo a evolução das relações sociais.

---

<sup>363</sup> A expressão processo possui uma abrangente significação, podendo compreender fenômenos químicos ou biológicos, eventos físicos ou práticas humanas. Em apertada síntese, esse termo pode ser utilizado para designar “uma sucessão de fenômenos ou de acontecimentos que formam um todo e acarretam um resultado determinado” (DUROZOI; ROUSSEL, 2005, p. 383). No presente caso, o uso da expressão processo pretende alcançar um conjunto abrangente de ações humanas articuladas racionalmente para a obtenção de um pretendido resultado, permitindo concluir, a partir dessa definição, que há vários tipos de processos eletrônicos, além do processo judicial eletrônico, que é o objeto específico deste estudo.

<sup>364</sup> Como espécie, o processo eletrônico designaria a total informatização de um conjunto mínimo e significativo de ações e, por consequência, de documentos organizados em uma forma determinada e diversificada de fluxos que garantisse a esses documentos, individual e em conjunto, autenticidade, integridade e temporalidade (ROVER, 2008).

### 1.3 MARCO LEGAL DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

A regulamentação do processo judicial eletrônico no Brasil ocorreu no ano de 2006, com a aprovação da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que fixou regras gerais relacionadas ao uso de meios eletrônicos para a tramitação de processos judiciais, para a comunicação de atos e para a transmissão de peças processuais, bem como veiculando alterações na legislação processual destinadas à adaptação das regras vigentes ao uso de sistemas informatizados.

É necessário ressaltar, entretanto, que antes mesmo do advento dessa lei já eclodiam experiências precursoras voltadas ao uso de sistemas eletrônicos para o processamento de ações judiciais, movidas pelo desejo de se incutir maior eficiência aos órgãos jurisdicionais.

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, por exemplo, antecipou-se àquela lei e realizou testes pioneiros visando à virtualização dos seus processos judiciais, havendo implantado, em 10 de fevereiro de 2005, a título experimental, um sistema de processo judicial eletrônico na 10ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da comarca de Campo Grande (KRAMES, 2009, p. 55-67).

Para tanto, aludido Tribunal de Justiça expediu, por seu Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, a Instrução nº 9, de 18 de agosto de 2005, publicada mais de um ano antes do advento da Lei do Processo Judicial Eletrônico, dispondo a respeito do funcionamento dos “juizados especiais virtuais” e estabelecendo as primeiras normas sobre o procedimento da tramitação processual eletrônica no âmbito do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

Nesse caso, ante a inexistência de uma legislação destinada à informatização processual, o emprego do sistema de processo judicial eletrônico havia de orientar-se unicamente pelas normas processuais tradicionais vigentes, o que impunha uma série de limites lógicos, especialmente no que se refere à inviabilidade de imposição de deveres inovadores dirigidos às partes do processo.

A experiência concentrava-se, por essa razão, na imposição de rotinas eletrônicas apenas aos magistrados e serventuários da justiça – algo juridicamente possível com fundamento no poder hierárquico-administrativo dos órgãos de gestão do tribunal –, evitando-se a criação de novos tipos de obrigações ou ônus para os demais integrantes da relação jurídico-processual.

Ainda assim, já se podia observar nesse pioneiro ato administrativo a inclusão de regras instituidoras do peticionamento eletrônico e da comunicação eletrônica de atos processuais – no caso, via *e-mail* – previstas como práticas facultativas para as partes.

A superveniente estratégia normativa adotada pelo legislador brasileiro para a adoção do processo judicial eletrônico acabou não se afastando demasiado do que já dispunha o ordenamento jurídico tradicional, limitando-se a apenas acrescentar algumas adaptações pontuais no direito processual em vigor e a instituir um conjunto limitado de regras especiais, aplicáveis às esferas cível, criminal e trabalhista,<sup>365</sup> evitando uma substituição mais radical das normas procedimentais empregadas no processo físico.

A Lei nº 11.419/2006 destinou-se, por conseguinte, à introdução de um conjunto bastante restrito de regras para a gradativa transformação do processo judicial físico em processo eletrônico, valendo-se, para tanto, da adaptação de certos aspectos do direito processual tradicional e se ocupando particularmente das seguintes inovações normativas:

- a) autorização legal expressa para o desenvolvimento de sistemas de processo judicial eletrônico diretamente pelos órgãos judiciários;
- b) indicação da forma de autenticação das peças processuais mediante uso de assinatura eletrônica baseada em certificado digital emitido por autoridade certificadora credenciada ou mediante cadastro de usuário diretamente perante o órgão jurisdicional;
- c) aprovação de critérios a respeito dos horários para recebimento das manifestações judiciais;
- d) sistematização dos mecanismos eletrônicos de comunicações dos atos processuais mediante instituição do Diário da Justiça eletrônico e do portal das intimações eletrônicas;
- e) fixação de regras para início da contagem dos prazos processuais a partir da comunicação dos atos mediante portal da intimação eletrônica ou Diário da Justiça eletrônico;
- f) estabelecimento de regras para a suspensão da contagem dos prazos processuais nos casos de indisponibilidade ou mau funcionamento dos sistemas;
- g) autorização do uso de ferramentas eletrônicas para o envio de petições e documentos pelas partes;

---

<sup>365</sup> No ano de 2016, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil brasileiro, que veiculou dispositivos legais atualizados para o processo judicial eletrônico; entretanto, ainda não se trata de um código globalmente elaborado para o processo eletrônico. O novo CPC manteve, em seu conjunto, a lógica geral do processo físico, prevendo, caso a caso, regras de adaptação para o procedimento virtual.

- h) fixação de responsabilidades pela custódia dos documentos físicos originais juntados ao processo após digitalização;
- i) determinação do efeito probante dos documentos digitalizados;
- j) previsão de regra de transição autorizando a conversão para o meio eletrônico de processos iniciados em formato físico;
- k) atribuição aos órgãos do Poder Judiciário de competência para regulamentar, no âmbito de suas respectivas competências, o processo judicial eletrônico;
- l) convalidação dos atos processuais praticados em meio eletrônico antes do advento da Lei do Processo Judicial Eletrônico, ressalvada a regra de instrumentalidade das formas empregadas e da inexistência de prejuízo às partes;
- m) aprovação de adaptações pontuais em alguns artigos do Código de Processo Civil, com vistas à implantação do processo judicial eletrônico.

O advento dessa lei ordinária de abrangência nacional proporcionou um ambiente favorável ao avanço dos primeiros projetos de informatização dos processos judiciais e, no Estado de Mato Grosso do Sul, possibilitou que as ferramentas inicialmente implantadas a título experimental na 10ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da comarca de Campo Grande fossem aprimoradas e expandidas para as demais varas judiciais.

Esse fenômeno repetiu-se, de semelhante modo, em outras unidades federativas brasileiras, de maneira que, à época da aprovação da Lei nº 11.419/2006, já se começava a esboçar um ambiente judicial pontuado por vários projetos independentes destinados ao desenvolvimento e à implantação de sistemas de processo judicial eletrônico.

A previsão pela Lei do Processo Judicial Eletrônico de uma competência regulamentar deferida aos respectivos órgãos judiciários para a normatização dos processos judiciais eletrônicos no âmbito de suas jurisdições favoreceu a consolidação daquelas experiências realizadas nos tribunais pioneiros e permitiu que cada unidade judicial levasse adiante seu planejamento de modo independente, adotando ferramenta própria.

Como consequência, é possível encontrar atualmente diversas soluções coexistentes de processo judicial eletrônico em operação no Brasil, dentre os quais, merecem destaque as seguintes:

- a) e-STF: Supremo Tribunal Federal;
- b) e-STJ: Superior Tribunal de Justiça;

- c) SAJ: Tribunais de Justiça do Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte e São Paulo;
- d) PJe: Tribunais Regionais Federais das 1ª, 3ª e 5ª Regiões e Tribunais de Justiça da Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Paraná, Rio Grande do Norte, Rondônia e Roraima;
- e) PJe-JT: Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho;
- f) Apolo: Tribunal Regional Federal da 2ª Região;
- g) e-Proc: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e Tocantins;<sup>366</sup>
- h) Tucujuris: Tribunal de Justiça do Amapá;
- i) Projudi: Tribunais de Justiça do Ceará, Goiás, Paraná, Rio de Janeiro e Roraima;
- j) SEEU: TJPR, TJPI, TJDFT, TJPE, TJMG, TJMT, TJMS, TJRN, TJPA, TJES, TJRO, TJPB, TJCE eTJAP<sup>367</sup>.

#### 1.4 A REGULAMENTAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Diante do cenário heterogêneo de sistemas e resoluções expedidas de modo descentralizado em todas as unidades do Poder Judiciário brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça – órgão incumbindo do controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário brasileiro (art. 103-B, §4º, da Constituição) – dirigiu esforços na tentativa de uniformização do ambiente eletrônico judiciário, publicando a Resolução nº 185, de 18 de dezembro

<sup>366</sup> O sistema e-Proc, desenvolvido no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, merece especial atenção, pois os resultados observados naquela unidade da Justiça Federal vêm atraindo o interesse de vários tribunais brasileiros. Trata-se, portanto, de um sistema de processo judicial eletrônico capaz de se apresentar como alternativa viável ao PJe para a instituição de um ambiente eletrônico do Poder Judiciário, com caráter público e nacional. Entretanto, em 29.10.2019, objetivando estimular a adoção do PJe, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Dias Toffoli, determinou que o TRF-4 se abstenha de difundir, ceder o código fonte, apoiar tecnicamente a implantação ou prover qualquer forma de suporte ao sistema e-Proc (Ofício no 1153/GP/2019).

<sup>367</sup> CNJ pretende seja implantado em todas as varas de execução penal no país, entretanto há unidades que se manifestaram contrários ao uso da ferramenta, preferindo a utilização de sistemas próprios, tais como o TJSP e no TJSC. O Supremo Tribunal Federal, nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.259, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, deferiu liminar suspendendo a obrigatoriedade de uso do sistema SEEU.



de 2013, que fixou normas gerais para a implantação do processo judicial eletrônico e determinando a adoção do sistema PJe<sup>368</sup> como padrão.

Tal proposta destinar-se-ia a uniformizar o ambiente processual judicial eletrônico brasileiro, reduzindo a complexa variedade de ferramentas existentes e facilitando o acesso das partes, o que dispensaria a necessidade de capacitação dos usuários para a utilização de múltiplos *softwares*. A adoção de sistema único também facilitaria sobremaneira a criação de ferramentas centralizadas de controle e fiscalização dos processos judiciais brasileiros, permitindo que todos os feitos tramitassem sobre uma mesma plataforma tecnológica.

Objetivando fomentar essa transição para o sistema unificado nacional, o art. 44 da Resolução nº 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça vedou a criação, o desenvolvimento, a contratação ou a implantação de sistema ou módulo de processo judicial eletrônico diverso do PJe, ressalvando, entretanto, a manutenção e a evolução dos sistemas já implantados.<sup>369</sup>

A ressalva introduzida ao final do art. 44 e no art. 45 da Resolução nº 185/2013 permitiu a preservação dos sistemas adotados pelas unidades jurisdicionais pioneiras, muitos dos quais possuem grau de amadurecimento superior ao do PJe, uma vez que, sendo utilizados há mais tempo, naturalmente estão dotados de maior aderência às necessidades dos tribunais mantenedores.

Por conseguinte, a proposta de unificação da Justiça sob um único sistema de processo judicial eletrônico, idealizada pelo Conselho Nacional de Justiça, ainda não se revelou praticável, ao menos a curto prazo, porque a substituição dos sistemas consolidados depende antes de uma acelerada evolução do PJe ou da criação de solução tecnológica alternativa capaz de substituir os sistemas em uso com maior eficiência, superando-os tecnologicamente.

---

<sup>368</sup> O sistema Processo Judicial eletrônico (PJe) é um *software* elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a partir da experiência e com a colaboração de diversos tribunais brasileiros. O objetivo principal buscado pelo CNJ é elaborar e manter um sistema de processo judicial eletrônico capaz de permitir a prática de atos processuais pelos magistrados, servidores e demais participantes da relação processual diretamente no sistema, assim como o acompanhamento desse processo judicial, independentemente de o processo tramitar na Justiça Federal, na Justiça dos Estados, na Justiça Militar dos Estados e na Justiça do Trabalho. Além desse grande objetivo, o CNJ pretende fazer convergir os esforços dos tribunais brasileiros para a adoção de uma solução única, gratuita para os próprios tribunais e atenta para requisitos importantes de segurança e de interoperabilidade, racionalizando gastos com elaboração e aquisição de softwares e permitindo o emprego desses valores financeiros e de pessoal em atividades mais dirigidas à finalidade do Judiciário: resolver os conflitos (CNJ, 2010).

<sup>369</sup> O Conselho Nacional de Justiça proferiu, em 14 de dezembro de 2015, decisão nos autos de Procedimento de Competência de Comissão nº 0004350-36.2015.2.00.0000 autorizando a manutenção do atual sistema de processo judicial eletrônico utilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, dispensando-o da obrigação de implantação do sistema PJe nos prazos fixados na Resolução nº 180/2013.

Por esse motivo, o Conselho Nacional de Justiça abrandou a meta inicial de uniformização do sistema de processo judicial eletrônico brasileiro, anunciando o propósito de se concentrar em projetos de integração entre diferentes sistemas, tal como fora noticiado no *site* do CNJ em 30.05.2017.<sup>370</sup>

A presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministra Cármen Lúcia, anunciou, na sessão desta terça-feira (30/5), que o órgão investirá na integração entre os sistemas usados pelos tribunais para a tramitação eletrônica dos processos e que flexibilizará a exigência para que os tribunais adotem o Processo Judicial Eletrônico (PJe), desenvolvido pelo CNJ. “O CNJ está investindo 100%, especialmente nos últimos 90 dias, na interoperabilidade entre os sistemas, o que gerou o apaziguamento entre os tribunais”, afirmou a ministra, na abertura da 252ª Sessão Ordinária do Conselho. A interoperabilidade permitiria que os diversos sistemas já utilizados pelos tribunais conversem entre si, sem a necessidade de substituir um sistema pelo outro.

É possível observar, mais recentemente, sinais de uma aparente retomada da estratégia do Conselho Nacional de Justiça dirigida à imposição do sistema PJe como sistema padrão, o que culminou na expedição do Ofício nº 1153/GP/2019, de 29.10.2019, pelo Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Dias Toffoli, determinando que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região interrompesse as ações voltadas ao compartilhamento do sistema e-Proc.

Referida linha de ação, concentrada na imposição do PJe por via coercitiva, não se revelou bem-sucedida, entretanto, quando da aprovação Resolução nº 185/2013, o que permite antever as dificuldades que serão enfrentadas com a retomada dessa ideia: se diversos tribunais do país manifestam preferência pelo uso do sistema e-Proc, em detrimento do PJe, a ponto de obrigar a Presidência do Conselho Nacional de Justiça a expedir ofício proibindo a distribuição da ferramenta desenvolvida pelo TRF-4, trata-se de um sintoma claro de que o PJe ainda não alcançou um nível de qualidade e confiabilidade que lhe permita concorrer com vantagem contra os demais sistemas disponíveis na atualidade.

<sup>370</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84858-cnj-vai-flexibilizar-pje-e-investir-em-integracao-de-sistemas>.

## **2 REPERCUSSÕES DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

### **2.1 APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.419/2006 AO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

O art. 1º, §1º, da Lei nº 11.419/2006 estabelece que os preceitos gerais veiculados pelo referido dispositivo legal se aplicam indistintamente aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição, tratando-se, por conseguinte, de um instrumento legal aplicado transversalmente em todos os ramos do direito processual.

Tal disposição permite sustentar que a regra de informatização dos processos judiciais se dirige não apenas aos feitos de natureza civil, aplicando-se da igual forma aos criminais, ainda que estes se submetam a princípios e regras procedimentais especiais, tais como os princípios acusatório e da presunção da inocência.

Por esse motivo, o processo judicial eletrônico há de ser construído numa plataforma suficientemente flexível que permita sua adaptação para o atendimento dos diferentes fluxos e princípios processuais, sem que isso resulte em prejuízo aos direitos e prerrogativas das partes.

Embora o Código de Processo Civil brasileiro não tenha sido estruturado com foco dirigido à informatização processual, ele foi gradativamente enriquecido com dispositivos instituídos para a sua adaptação ao processo eletrônico, alinhando-se com as normas gerais da Lei nº 11.419/2006,<sup>371</sup> ainda que apenas em tópicos específicos.

O Código de Processo Penal, por seu turno, não foi objeto de semelhante atenção, recebendo apenas uma alteração indiretamente relacionada ao fenômeno, introduzida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que basicamente autorizou o registro das audiências judiciais penais em meio magnético.

Marco Antônio de Barros (BARROS, 2009, p. 427-460) atribui tal postura do Poder Legislativo a uma cautela natural diante das particularidades dos interesses jurídicos versados nos julgamentos de natureza criminal:

Quanto ao processo penal, pode-se dizer que o legislador agiu inicialmente com exagerada timidez. A bem da verdade, a edição da mencionada Lei do Processo Judicial Informatizado, ao contrário do que foi feito em relação à lei processual civil, não provocou qualquer inovação ou

---

<sup>371</sup> O Lei nº 11.419/2006 inclusive inseriu, nos termos do seu art. 20, alterações em 12 artigos do Código de Processo Civil, sem, contudo, proceder de modo semelhante em relação ao Código de Processo Penal.

modificação explícita de dispositivo do Código de Processo Penal. Esta cautela decorre do entendimento de que no embate existente entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*, presente em toda ação penal, o direito à liberdade sobressai como bem de inestimável valor para a humanidade. Daí o cuidado em se deixar para momento posterior a autorização que faculte a introdução de métodos eletrônicos. Mas eles também já começaram a penetrar no processo penal.

Referida timidez legislativa repetiu-se com a recente publicação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que igualmente deixou de abordar do uso de ferramentas eletrônicas no processo penal, apenas tangenciando o tema ao tratar dos atos investigatórios realizados em ambiente eletrônico.

Como resultado, o direito processual penal eletrônico ainda é uma obra a ser construída, a partir dos esforços da doutrina e da jurisprudência, utilizando-se como balizadores, além das normas gerais da Lei nº 11.419/2006, os princípios especiais do processo penal.

O Projeto de Lei do Senado nº 8.045/2010, destinado à aprovação do novo Código de Processo Penal, por seu turno, continua sendo bastante comedido ao ocupar-se das peculiaridades do processo eletrônico, contudo, no projeto substitutivo em tramitação pode-se vislumbrar a possibilidade de inclusão daquelas primeiras e importantes referências ao processo judicial eletrônico, merecendo destaque as seguintes disposições:

- 1) a previsão do inquérito policial eletrônico (art. 20);
- 2) a instituição da comunicação eletrônica de atos processuais (art. 27, § 3º, art. 104, § 1º, art. 165, art. 176, § 4º, art. 277, § 2º);
- 3) a admissão do peticionamento eletrônico (art. 328 e art. 495);
- 4) a previsão do monitoramento eletrônico (art. 560, III e art. 635, II);
- 5) e a criação de regra especial de contagem de prazo (art. 515).

## 2.2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

No direito brasileiro, a investigação criminal não possui natureza jurisdicional e, ressalvados os casos em que há necessidade de prévia autorização judicial – submetidos doravante ao juiz das garantias, nos termos da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 – a investigação realizada em inquérito policial ou procedimento de investigação criminal constitui procedimento de índole administrativa, preliminar ou preparatória da ação

penal, destinado à produção ou colheita de provas para a formação de uma *opinio delicti* pelo titular da ação penal.

Os atos de natureza judicial praticados no curso da investigação, nos termos previstos pelo § 3º do art 3º-C do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 13.964/2019, haverão de ser praticados em autos próprios, os quais abrigarão as decisões proferidas pelo juiz das garantias e permanecerão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, não acompanhando os autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento.

O inquérito policial, por sua vez, não se confunde com os autos judiciais acima referidos, pois se trata de instrumento externo ao processo judicial, administrado diretamente pelos órgãos policiais, sob o controle externo do Ministério Público, e, por esse motivo, os inquéritos policiais sequer foram alcançados pelas normas e ferramentas já instituídas para a regulamentação do processo judicial eletrônico.

Tanto a Lei nº 11.419/2006 quanto a Resolução nº 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça silenciaram-se a respeito do tratamento dado ao inquérito policial no âmbito do processo judicial eletrônico, relegando-o, por conseguinte, ao mesmo critério genericamente dado a qualquer outra prova documental.

O projeto do novo Código de Processo Penal, tal como se encontra atualmente redigido, poderá representar a superação desse silêncio da legislação vigente, porquanto o substitutivo em tramitação no bojo do Projeto de Lei do Senado nº 8.045/2010 autoriza textualmente, nos termos do seu art. 20, a tramitação eletrônica do inquérito policial.

É recomendável, de fato, a adoção do processo eletrônico pelos órgãos policiais, primeiramente como uma imposição do uso racional dos recursos; em segundo lugar, porque essa transição para o ambiente eletrônico oferecerá maior segurança e confiabilidade à instrução criminal, eliminando os riscos de degradação da prova durante os processos de conversão dos documentos para o formato eletrônico; e finalmente porque a adoção do ambiente eletrônico incrementa a eficiência do procedimento, otimizando o acesso, facilitando o seu acompanhamento e fornecendo maior riqueza em metadados que acrescentarão qualidade ao planejamento e à análise dos atos de investigação criminal.

A recente adoção do juiz das garantias pela legislação vigente, sem a previsão de quaisquer fontes de recursos que pudessem custear o incremento da estrutura do Poder Judiciário para o atendimento das novas demandas, torna ainda mais necessária a virtualização dos inquéritos policiais, sobretudo naquelas comarcas de pequeno porte, onde será imprescindível a adoção de técnicas de atendimento à distância por juízes fisicamente localizados em outras comarcas.

## 2.3 VIDEODEPOIMENTO E VIDEOINTERROGATÓRIO

A crescente adoção de mecanismos de captação audiovisual para registros das audiências e depoimentos conduz, numa inevitável extensão do raciocínio, à prática de tais atos com a utilização de ferramentas de videoconferência, que permitem o estabelecimento de contato entre o juiz e as partes por intermédio de equipamentos de transmissão de áudio e vídeo e utilização de redes de comunicação.

Trata-se de providência que precede o advento do processo judicial eletrônico, e diversos países se utilizam da videoconferência para a agilização de atos e processos judiciais há longa data.

A propósito, Francisco Monterde Ferrer (2006, p. 47), esclarece:

*La videoconferencia es un sistema de comunicación interactivo que transmite simultáneamente la imagen, el sonido y los datos, permitiendo una comunicación bidireccional plena, en tiempo real, de tal manera que se posibilita un mismo acto o reunión a la que asisten personas que se encuentran en lugares diferentes.*

*El sistema se utiliza en Italia al menos desde 1992, cuando empezó a ser aplicado en las actuaciones antimafia, facilitando la deposición de testigos protegidos; si bien la Ley de 7 de enero de 1998, prorrogada por la Ley de 19 de enero de 2001, permite su uso para la declaración de presos peligrosos desde el centro penitenciario donde se hallen reclusos. En Francia el sistema fue introducido por la Ley de 15 de noviembre de 2001, de reforma del art. 706.71 del Código de Procedimiento Penal, y también lo es en los EE.UU. –especialmente en la jurisdicción militar– y en países como Australia, Canadá, India, o Singapur, cuyo gigantismo geográfico ha propiciado la implantación del sistema.*

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003<sup>372</sup>, admite a adoção da videoconferência, nos termos do art. 32, item 2, alínea “b” e no art. 46, item 18, sedimentando a aceitação internacional desse método.

No Brasil, a utilização de videoconferência foi expressamente incluída no Código de Processo Penal pela Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009,

<sup>372</sup> Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, a partir de quando passou a produzir plenos efeitos jurídicos em território brasileiro.

permitindo-se o seu uso tanto para a oitiva de testemunhas residentes fora da jurisdição (art. 222) como, em casos excepcionais, para o interrogatório do acusado (art. 185, §§1º e 2º).

Apesar disso, a utilização da videoconferência, especialmente para fins de interrogatório do acusado, continua sendo objeto de questionamentos por parte da doutrina quanto à sua constitucionalidade, ao argumento de que prejudicaria a ampla defesa porque aos acusados ter-se-ia que assegurar a oportunidade de se dirigir pessoalmente ao juiz.

Em que pese a objeção acima referida, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre o tema concluindo que apenas os interrogatórios realizados antes do advento da Lei Federal nº 11.900/2009 estariam eivados de nulidade (HC nº 90.900, HC nº 92.590 e HC nº 104.603) e o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se em idêntico sentido, concluindo como segue:

A Lei nº 11.900/09 alterou a redação do art. 185 do CPP para permitir a realização do interrogatório *on-line*. Tal procedimento é excepcional, somente justificável quando presente pelo menos um dos requisitos do §2º do art. 185, devidamente fundamentado pelo magistrado - o que aqui ocorre (AgRg no HC nº 199.414/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, quinta turma, julgado em 18.09.2012, DJe 21.09.2012).

Prevalece hoje o entendimento de que a utilização de videoconferência para a realização de interrogatórios judiciais é constitucional, contanto que observe os requisitos previstos no art. 185, §2º, do Código de Processo Penal, que exige decisão fundamentada reconhecendo: a) a necessidade de prevenir risco à segurança pública; b) viabilizar a participação do réu quando houver relevante dificuldade para seu comparecimento por enfermidade ou outra circunstância pessoal; c) impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima; d) responder à gravíssima questão de ordem pública.

Como logicamente se infere do atual quadro normativo, o legislador reconhece, a contrário senso, o direito do réu apresentar-se pessoalmente perante o juiz, notadamente porque, segundo disposto no art. 185, §2º, do Código de Processo Penal, o uso da videoconferência para fins de interrogatório judicial é medida excepcional que há de ser obrigatoriamente decidida e motivada.

Ocorre que o direito ao comparecimento pessoal perante o juiz, a exemplo de qualquer outro direito, material ou processual, não pode ser compreendido como um preceito aplicável de modo absoluto, porquanto haverá de ser interpretado de maneira harmonizada com os demais coexistentes direitos e interesses juridicamente relevantes, admitindo-se sua mitigação.

É importante, por esse motivo, que a decisão judicial que defere a adoção da videoconferência para fins de interrogatório, ao referir-se às hipóteses autorizadoras do art. 185, §2º, do Código de Processo Penal, realize de modo adequado o juízo de ponderação entre direitos e valores de relevância constitucional colocados em choque, pautando-se pelos três elementos estruturadores do princípio da proporcionalidade: a) adequação ou conformidade; b) necessidade ou exigibilidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal tem adotado a concepção tridimensional do princípio da proporcionalidade – ADI nº 5.135, ADI nº 907 e Inq nº 3.922 AgR – como critério para aferição da compatibilidade vertical da restrição de direitos em face do ordenamento constitucional vigente e, no caso em questão, eventual restrição ao direito de comparecimento pessoal perante o juízo deve ser justificada sob a perspectiva de sua idoneidade para a obtenção dos fins almejados (adequação), a inexistência de meio menos gravoso que possa conduzir a resultado igualmente eficaz (necessidade), bem como a razoabilidade do sacrifício imposto (adequação em sentido estrito).

O projeto do novo Código de Processo Penal não inclui modificações relevantes nas regras atualmente aplicadas, pois o art. 93 do substitutivo adota modelo de videointerrogatório do réu preso bastante assemelhado ao atual, enriquecido apenas com regras destinadas à preservação dos direitos do acusado, que lhe asseguram a possibilidade de acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a audiência de instrução e julgamento, bem como preceituam direito à entrevista do acusado e seu defensor, ainda que por canais telefônicos, nos casos em que o interrogado estiver no presídio e o advogado na sala de audiência.

O uso da videoconferência foi também previsto no projeto de novo Código de Processo Penal como solução para os casos em que a presença do réu representa causa potencial de humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou à vítima, hipótese em que o art. 208 autoriza que, motivadamente, o juiz determine que o acusado acompanhe apenas remotamente o ato.

## **2.4 USO DE VIDEOCONFERÊNCIA NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA**

Em recente decisão proferida à unanimidade pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça, datada de 24 de dezembro de 2019, nos autos de Reclamação para Garantia das Decisões nº 0008866-60.2019.2.00.0000, foi decretada a suspensão do § 4º do art. 5º da Resolução CM nº 08/2019 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, proibindo-se a utilização de videoconferência para a realização de audiências de custódia.



Extrai-se do voto condutor, preferido pelo Ministro Dias Toffoli:

*Observados os parâmetros acima delineados, o Conselho Nacional de Justiça foi provocado pelo Senador Humberto Costa a se manifestar acerca especificamente da possibilidade de realização deste ato por videoconferência. O questionamento tratou, pontualmente, de proposta legislativa em curso no Congresso Nacional tendente a alterar o Código de Processo Penal para, dentre outros temas, estabelecer a possibilidade da realização da audiência de custódia por videoconferência em casos excepcionais e devidamente fundamentado pelo magistrado competente. Nos autos da Nota Técnica nº 0004468-46.2014.2.00.0000, cuja relatoria coube ao então Conselheiro Márcio Schiefler Fontes, para avaliação da temática ora em apreço (audiência de custódia por videoconferência) e em cuja avaliação da proposta formulada, contou-se com relevante participação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), foi assentado, expressamente:*

*“Conforme se constata da Resolução CNJ nº 213/2015, a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”.*

*O DMF considerou que a apresentação pessoal do preso é fundamental para inibir e, sobretudo, coibir, as indesejadas práticas de tortura e maus tratos, eis que a “transmissão de som e imagem’ não tem condições de remediar as vantagens que o contato e a relação direta entre juiz e jurisdicionado proporciona”.*

Inobstante o Conselho Nacional de Justiça tenha asseverado a vedação da videoconferência em audiências de custódia, é importante observar, em contraponto, que referido entendimento se revela potencialmente inviável sob a perspectiva da implantação dos juízes das garantias, sobretudo nas

comarcas de pequeno porte, hipótese em que a única solução possível seria a videoconferência.

A realização de audiência de custódia por videoconferência não implica, além disso, em um inexorável desatendimento dos direitos do conduzido, podendo cumprir com suficiência o seu escopo, contanto que se adote metodologia e supervisão adequadas para o controle das condições físicas e pessoais do preso. Há, nesse sentido, exemplos bem sucedidos da adoção da videoconferência para realização de audiências de custódia no Brasil, um deles inscrito até mesmo no banco de práticas<sup>373</sup> do Instituto Innovare<sup>374</sup>.

E as razões invocadas pelo Presidente da República para vetar o § 1º do art. 3º-B do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, inserido pelo art. 3º do Projeto de Lei nº 6.341, de 2019 (o qual pretendia positivizar a vedação ao uso de videoconferência para a realização de audiências de custódia) são bastante elucidativas ao retorquir o entendimento adotado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Oportuno extrair, com efeito, da mensagem nº 726, de 24 de dezembro de 2019, da Presidência da República, as seguintes considerações:

*“A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 77580/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/02/2017). Ademais, o dispositivo pode acarretar em aumento de despesa, notadamente nos casos de juiz em vara única, com apenas um magistrado, seja pela necessidade de pagamento de diárias e passagens a outros magistrados para*

<sup>373</sup> <https://www.premioinnovare.com.br/praticas/1911>.

<sup>374</sup> “O INSTITUTO INNOVARE é uma associação sem fins lucrativos que tem como objetivos principais e permanentes a identificação, premiação e divulgação de práticas do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e de advogados que estejam contribuindo para a modernização, a democratização do acesso, a efetividade e a racionalização do Sistema Judicial Brasileiro. Para atendimento de seus objetivos, o Instituto Innovare realiza anualmente o Prêmio Innovare, promove palestras e eventos gratuitos, publica livros e artigos, produz documentários e realiza pesquisas sobre temas da Justiça” (<https://www.premioinnovare.com.br/sobre>).

*a realização de uma única audiência, seja pela necessidade premente de realização de concurso para a contratação de novos magistrados, violando as regras do art. 113 do ADCT, bem como dos arts. 16 e 17 LRF e ainda do art. 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2019 (Lei nº 13.707, de 2018)."*

É certo, pois, que inobstante a oposição firmada pelo Conselho Nacional de Justiça, o uso de videoconferência para a realização de audiências de custódia continua sendo perfeitamente compatível com o sistema jurídico em vigor, recomendando-se unicamente sejam tomadas as cautelas necessárias e eficazes para uma adequada avaliação das condições da pessoa presa por parte do juiz e demais participantes do ato.

Referido entendimento foi contemplado no projeto de novo Código de Processo Penal, que prevê no § 9º do art. 570 a possibilidade excepcional de realização de audiência de custódia por videoconferência, por decisão fundamentada do juiz, quando houver dificuldades operacionais que impossibilitem a apresentação pessoal do preso.

## **2.5 PUBLICIDADE E SIGILO NO PROCESSO ELETRÔNICO**

O princípio da publicidade, como ressalta Francisco Gérson Marques de Lima (2002, p. 204), é um requisito da democracia e da segurança das partes, permitindo que atos e decisões judiciais sejam submetidos ao permanente controle da sociedade. No Brasil, esse princípio está contemplado pelo inciso LX do art. 5º da Constituição Federal, admitindo-se restrições à publicidade dos atos processuais quando assim recomendar a defesa da intimidade ou o interesse social.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 69):

O princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise, o povo é o juiz dos juízes. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão, quando tais decisões não de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo.

Alba Paulo de Azevedo (2012, p. 101) observa que, além da denominada publicidade *imediate*, que assegura a ampla visibilidade do processo ao público em geral, o princípio da publicidade contempla ainda as publicidades *mediata* e *para as partes*: esta assegura que os sujeitos processuais tenham acesso aos atos realizados pelo juiz e auxiliares da justiça, enquanto aquela preconiza a divulgação de informes e certidões acerca da realização e conteúdo dos atos processuais.

O processo judicial eletrônico, ao transportar os autos para o ciberespaço, amplifica as possibilidades da publicidade judicial para níveis muito superiores àqueles alcançados com os processos físicos, haja vista que os processos eletrônicos podem ser instantaneamente submetidos ao acesso de ilimitado número de pessoas via rede mundial de computadores (ABRÃO, 2009, p. 46).

No processo físico, as regras de publicidade não dispensam a necessidade de deslocamento da pessoa interessada à secretaria ou cartório judicial para a obtenção de acesso presencial a documentos, o que limita significativamente o universo daqueles potencialmente habilitados à visualização dos autos.

A aptidão do processo judicial eletrônico para a publicidade dos atos judiciais representa, a um só tempo, vantagem e risco: vantagem porque permite divulgação quase ilimitada, e risco porque a facilidade de acesso aos autos favorece na mesma proporção a prática de atos lesivos à imagem das partes, das testemunhas e demais sujeitos que participam do processo.

Diante desse dilema, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, por exemplo, optou por mitigar os níveis de divulgação do processo judicial eletrônico, estabelecendo por meio do art. 31 do Provimento nº 70/2012 da Corregedoria-Geral de Justiça as seguintes regras de consulta:

Art. 31. A consulta aos dados básicos dos processos judiciais eletrônicos será disponibilizada no portal do Tribunal de Justiça, assegurado o direito de acesso à informação processual a toda e qualquer pessoa, independentemente de prévio cadastramento ou de demonstração de interesse, exceto nos casos de processos que tramitem em segredo de justiça ou lhe seja conferido caráter de sigilo.

§1º Os dados básicos do processo são:

- I – número, classe e assuntos do processo;
- II – nomes das partes e de seus advogados;
- III – movimentação processual;

IV – inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos.

§2º A parte e seu Advogado, o Defensor Público e o Promotor de Justiça cadastrados terão acesso a todo o conteúdo do processo eletrônico.

§3º Os documentos digitalizados e liberados em autos de processo eletrônico estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para as respectivas partes processuais, mediante senha que será fornecida pelo Ofício de Justiça, respeitadas as situações de sigilo.

§4º A senha de acesso para a parte será solicitada ao cartório que a entregará pessoalmente (Provimento nº 70/2012 da CGJ).

O dispositivo regulamentar acima transcrito assegura – ressalvados os casos de sigilo constitucional ou legal – a publicidade *mediata* (com divulgação irrestrita dos atos e andamentos processuais através do portal do Tribunal de Justiça na internet) e a publicidade *para as partes* (com disponibilidade de todo o conteúdo dos autos aos integrantes da relação jurídico-processual, respectivos advogados e membros do Ministério Público).

Semelhante solução foi adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (art. 16, §1º, da Resolução nº 551/2011 do TJSP), pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (art. 19, §1º, da Resolução nº 17/2010 do TRF-4) e pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça para implantação do processo judicial eletrônico (art. 27 da Resolução nº 185/2013).

Essa regra restritiva de acesso às peças integrantes do processo judicial é compatível, por sua vez, com a redação original do art. 11, § 6º, da Lei nº 11.419/2006, que assegurava apenas às partes e ao Ministério Público o acesso aos documentos que formam os autos de processo judicial eletrônico, dispondo conforme segue:

Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.

A regra originalmente prevista no art. 11, § 6º, da Lei nº 11.419/2006, ao calar-se quanto aos advogados, denotava, em tese, uma limitação à prerrogativa de acesso que aqueles operadores do direito teriam às peças processuais, porquanto lhes facultava visualizar apenas peças existentes nos processos nos quais estivessem constituídos mediante procuração.

Há vários regulamentos judiciários, entretanto, que estendem aos advogados em geral a faculdade de consulta ampla às peças dos processos judiciais eletrônicos – como se verifica por exemplo do art. 27, *caput*,

da Resolução nº 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça e do art. 27, *caput*, da Resolução Administrativa nº 1.589, de 4 de fevereiro de 2013, do Tribunal Superior do Trabalho –, opção normativa que se mostra, a nosso ver, mais condizente com uma interpretação sistemática do direito processual vigente.

Assim se afirma porque o art. 7º, XIII, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia – faculta aos advogados a prerrogativa de examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias e podendo tomar apontamentos.

Uma interpretação sistemática da Lei do Processo Judicial Eletrônico e do Estatuto da Advocacia legitimaria a liberação, nos regulamentos judiciários, do acesso dos advogados às peças juntadas aos autos de processo judicial eletrônico públicos, restringindo-se, entretanto, a visualização dessas peças a todos os demais usuários externos, de modo a se preservar as partes da exposição pública.

Bastante oportuna, com efeito, a aprovação da Lei nº 13.793, de 3 de janeiro de 2019, que modificou a redação do art. 11, §6º, da Lei nº 11.419/2006, bem como incluiu um novo parágrafo – §7º – para a regulamentação do acesso às peças dos autos eletrônicos, dispondo nos seguintes termos:

§6º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa pelas respectivas partes processuais, pelos advogados, independentemente de procuração nos autos, pelos membros do Ministério Público e pelos magistrados, sem prejuízo da possibilidade de visualização nas secretarias dos órgãos julgadores, à exceção daqueles que tramitarem em segredo de justiça.

§7º Os sistemas de informações pertinentes a processos eletrônicos devem possibilitar que advogados, procuradores e membros do Ministério Público cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, acessem automaticamente todos os atos e documentos processuais armazenados em meio eletrônico, desde que demonstrado interesse para fins apenas de registro, salvo nos casos de processos em segredo de justiça.

Referida inovação normativa certamente repercutirá nos regulamentos judiciários mais restritivos ainda vigentes, os quais deverão ser atualizados

para assegurar aos advogados o acesso às peças nos moldes previstos na Lei nº 13.793/2019, bem como instituindo rotinas eletrônicas para o registro da manifestação de interesse de acesso, conforme preconiza a parte final do novo §7º.

Em que pese esse recente abrandamento observado na regra de controle de acesso aos documentos processuais, persiste na legislação vigente limite à visualização das peças juntadas em autos de processo eletrônico, impedindo-se que terceiros estranhos à relação processual possam observar o conteúdo documental de feitos em andamento, ressaltando-se advogados, procuradores e membros do Ministério Público.

A opção legislativa por uma publicidade mitigada do conteúdo do processo judicial eletrônico mostra-se, neste momento, medida salutar, pois a distribuição ilimitada de acesso ao conteúdo documental poderia ocasionar prejuízos desnecessários às partes,<sup>375</sup> especialmente aos acusados em processos criminais (CLEMENTINO, 2009, p. 98), e o uso das ferramentas informatizadas para a gestão de processos judiciais eletrônicos ainda constitui uma experiência em aprimoramento.

Também há risco de uso indevido de imagem das vítimas e testemunhas, porque, ante o modelo processual informatizado, os depoimentos são predominantemente gravados em áudio e vídeo, o que permite, em tese, a distribuição e a replicação desses arquivos audiovisuais em outras plataformas de divulgação, subtraindo-se do Poder Judiciário o controle sobre o acesso e uso da prova (MARTINS, 2014, p. 10).

Por outro lado, a ampla divulgação dada aos andamentos e às movimentações processuais atende com suficiência o objetivo de garantir o acompanhamento e o exame popular dos atos jurisdicionais, permitindo suficiente publicidade aos processos judiciais eletrônicos.

O projeto de novo Código de Processo Penal limita-se a reafirmar a regra de publicidade do processo criminal, nada dispondo a respeito das formas de acesso e consulta de documentos na rede mundial de computadores. A persistir tal cenário, mantém-se a aplicação das regras gerais já referidas, restringindo-se a visibilidade dos documentos a um rol limitado de sujeitos processuais.

---

<sup>375</sup> É possível considerar a Convenção de Strasbourg como principal marco de uma abordagem da matéria pela chave dos direitos fundamentais. Em seu preâmbulo, a convenção deixa claro que a proteção de dados pessoais está diretamente ligada à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, entendendo-a como pressuposto do estado democrático e trazendo para este campo a disciplina, evidenciando sua deferência ao art. 8º da Convenção Europeia para os Direitos do Homem (DONEDA, 2014, p. 73).

## 2.6 IMPACTOS DA LEI DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

O tema relativo à publicidade do processo judicial eletrônico deve ser atualmente analisado sob a perspectiva das diretrizes de proteção dos dados pessoais introduzidas pela Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, pois se trata de dispositivo legal aplicável a qualquer operação de tratamento de dados realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica, de direito público ou privado, observadas as condicionantes especificadas no seu art. 3º.

Considera-se tratamento de dados, nos termos do art. 5º, inciso X, da Lei nº 13.709/2018, qualquer operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração, ou seja, trata-se de conceito abrangente capaz de alcançar as operações realizadas no âmbito de sistemas de processo judicial eletrônico.

A aplicabilidade dessa norma aos processos judiciais foi expressamente mencionada, a propósito, no art. 7º, inciso VI, da referida lei, que autorizou a realização de operações de tratamento de dados para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral – hipótese em que se admitirá inclusive o tratamento dos chamados dados sensíveis, nos termos do art. 11, inciso II, alínea “d” –, dispensando-se nesses casos a necessidade de consentimento prévio do alvo.

A dispensa do consentimento não importa em prejuízo, contudo, a uma série de garantias previstas para a proteção dos dados pessoais, dentre as quais destacam-se o acesso facilitado às informações sobre tratamento de dados, o peticionamento para confirmação da existência de tratamento, a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados, a anonimização, o bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, bem como a indicação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados.

Os entes públicos de modo geral e os órgãos judiciários em particular encontram-se subordinados a regras especiais descritas pelo art. 23 e seguintes da Lei nº 13.709/2018, que autorizam o tratamento de dados pessoais por tais órgãos apenas para fins de atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir atribuições legais, vedando-se a transferência de dados para entidades privadas, ressalvados apenas os casos de execução descentralizada de atividade pública ou de dados acessíveis publicamente.

O advento da referida norma constitui um importante marco jurídico para a proteção dos dados pessoais e há de ser levada em conta pelos tribunais



que operam sistemas de processo judicial eletrônico, tanto no momento do desenvolvimento e da evolução das ferramentas eletrônicas quanto por ocasião da fixação das regras internas de operação dos sistemas, garantindo-se a proteção dos direitos dos titulares dos dados pessoais submetidos a tratamento.

Importante destacar, contudo, que a Lei nº 13.709/2018 previu a não aplicação das suas disposições ao tratamento de dados realizado para fins de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais, preservando uma margem de liberdade relativamente ampla no que se refere aos processos judiciais criminais.

Não há regulamento ou norma superveniente que especifique mais detalhadamente a efetiva abrangência da expressão “segurança pública”, ou indicando quais dados seriam abrangidos pela exclusão a que se refere o art. 4º, inciso III, da Lei Geral de Proteção de Dados.

O projeto de novo Código de Processo Penal também silencia a esse respeito, estipulando apenas uma regra residual de proteção dos dados pessoais das vítimas, nos termos do seu art. 104, § 2º.

É possível antever, nesse cenário, a necessidade de uma melhor regulamentação futura do tratamento de dados pessoais para fins de segurança pública, notadamente porque se trata de medida capaz de impactar em direitos e garantias individuais e, no atual contexto legal, o uso e tratamento de dados pessoais colhidos por meio de sistemas de processo judicial eletrônico para tais fins encontra limites pouco claros no direito vigente.

### **3 COMUNICAÇÕES PROCESSUAIS NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO**

O projeto de novo Código de Processo Penal, ao tratar das intimações, preceitua no seu art. 176, § 4º, a admissibilidade de que tais comunicações sejam praticadas em formato eletrônico, entretanto não institui um regime especial para as intimações praticadas pela Justiça Criminal.

O legislador, no caso, apenas remete o intérprete às normas gerais do direito processual eletrônico, subordinando as intimações criminais ao regime geral da Lei nº 11.419/2006.

#### **3.1 DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO**

A forma de comunicação dos atos no processo judicial eletrônico encontra-se regulamentada pelos artigos 4º a 7º da Lei nº 11.419/2006, que previu a criação do diário da justiça eletrônico para a divulgação daqueles eventos sujeitos à publicação por meio da imprensa oficial.

Sobre a publicação eletrônica, afirma Carlos Henrique Abrão a sua finalidade precípua “é permitir a comunicação precisa, certa e adequada,

por meio tecnológico disponível, de menor custo e com eficiência, regulamentando cada Poder Judiciário seu impresso” (2009, p. 14).

A utilização do diário da justiça eletrônico constitui, de fato, mecanismo célere de transmissão da informação, porquanto se considerará publicado o instrumento no dia útil imediatamente seguinte à data da sua disponibilização eletrônica, permitindo que os prazos processuais iniciem curso no primeiro dia útil seguinte à data de publicação.

É importante atentar-se, nesse caso, para a relevância da data da disponibilização do diário da justiça eletrônico, haja vista se tratar de informação determinante para a confirmação da respectiva data de publicação do documento.

Entende-se por disponibilização do diário da justiça o ato de liberação do correspondente arquivo eletrônico para consulta no portal de serviços do tribunal na rede mundial de computadores, ou seja, para que se considere efetivada a publicação do instrumento em determinada data, será necessário que o arquivo esteja disponível para consulta no mínimo um dia antes.

O horário da disponibilização no dia antecedente, contudo, é irrelevante, no entender do Superior Tribunal de Justiça, para a consumação da publicação do diário da justiça, ou seja, mesmo que o instrumento tenha sido liberado para consulta em horário avançado do dia, a sua disponibilização bastará para que se lhe tenha por publicado no dia útil imediatamente seguinte (AgRg no AREsp nº 149.471/PA e EDcl no AgInt no AREsp nº 1.093.258/SP).

Ainda no que se refere à data da disponibilização do diário da justiça eletrônico, o Superior Tribunal de Justiça entende ser “ônus do recorrente comprovar por meio oficial a alegação da data da disponibilização da decisão” (AgRg no AREsp nº 576.425/DF), o que transferiria às partes a obrigação de produzir prova para fins de conferência da data de publicação do documento.

A comprovação da data da disponibilização do diário da justiça eletrônico pelas partes constitui, entretanto, tarefa tecnicamente complexa, praticamente inviável, haja vista que os dados de *log* referentes à inclusão do documento no sistema eletrônico do Poder Judiciário não estão acessíveis às partes, dependendo de verificações que somente o administrador do banco de dados poderia empreender.

É aconselhável, portanto, que o Poder Judiciário disponibilize, em local apropriado, informação oficial a respeito da data da disponibilização do diário da justiça eletrônico, garantindo assim maior segurança às partes no que se refere aos critérios de contagem dos prazos processuais.

De modo geral, mediante levantamento realizado nos portais eletrônicos dos tribunais brasileiros, é possível constatar que a maioria dos órgãos judiciários inclui no cabeçalho dos seus respectivos diários eletrônicos – ou no portal

de consulta – informação a respeito de ambas as datas relevantes: o dia da disponibilização e o dia da publicação. Como, por exemplo, se pode observar nos casos do Supremo Tribunal Federal<sup>376</sup> e do Superior Tribunal de Justiça,<sup>377</sup> bem como nos Tribunais de Justiça de Pernambuco,<sup>378</sup> Rio de Janeiro<sup>379</sup> e Goiás.<sup>380</sup>

Esse formato, entretanto, não tem sido observado por todos os tribunais consultados. Há órgãos judiciários que não mencionam no diário eletrônico a data da publicação do periódico, consignando apenas o dia da disponibilização; outros exibem no cabeçalho unicamente a data da publicação, sem fazer referência ao dia da disponibilização; e outros apenas indicam uma data no cabeçalho, sem especificar claramente se se trata do dia da publicação ou da disponibilização.

É recomendável que os formatos dos diários da justiça eletrônico evoluam em todas as unidades judiciárias e que as ferramentas de disponibilização também sejam aprimoradas para facilitar a consulta dessas datas relevantes para a contagem dos prazos, de modo a assegurar informações claras e seguras a respeito da disponibilização e publicação dos periódicos.

A Lei do Processo Judicial Eletrônico não exige que o diário da justiça eletrônico seja disponibilizado em dia útil – determinando apenas que a data da publicação corresponda ao primeiro dia útil seguinte à data da disponibilização – a eventual disponibilização do diário no portal em data não útil não acarreta, por isso, vício ou nulidade da publicação, que se consideraria aperfeiçoada tão logo sobrevenha dia normal de expediente.

Como o diário da justiça eletrônico deve circular obrigatoriamente um dia antes daquele legalmente estipulado como data da publicação, a instituição desse método de divulgação dos atos processuais acabou ensejando a ocorrência de casos em que a interposição de recurso se dá antes da data da publicação da decisão recorrida.

A propósito, merece referência uma interessante decisão publicada no Informativo nº 0523, de 14 de agosto de 2013, do Superior Tribunal de Justiça:

“Não é extemporâneo o recurso especial interposto na mesma data em que disponibilizado, no Diário da Justiça eletrônico, o acórdão referente ao julgamento dos embargos de declaração opostos no tribunal de origem. É certo que,

<sup>376</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioAtual.asp>.

<sup>377</sup> Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/init>.

<sup>378</sup> Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/dje/>.

<sup>379</sup> Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultadje/>.

<sup>380</sup> Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/index.php/tribunal/tribunal-servicos/tribunal-servicos-djeletronico>.

nos termos do art. 4º da Lei 11.419/2006, considera-se como dia da publicação o dia útil seguinte àquele em que ocorrida a disponibilização. Todavia, deve-se observar que o referido dispositivo legal tem por escopo facilitar o exercício do direito de recurso, assegurando à parte o prazo integral, a contar do dia seguinte ao da disponibilização. Dessa forma, se o advogado da parte se dá por ciente no mesmo dia em que efetuada a disponibilização, oferecendo desde logo o recurso, não há prematuridade, mas simples antecipação da ciência e, portanto, do termo inicial do prazo. Nessa situação, não incide o entendimento contido na Súmula 418 do STJ - que dispõe ser “inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação” -, que deve ser aplicado apenas no caso de interposição do recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração.” (AgRg no REsp 1.063.575-SP, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 16/4/2013)

Conforme posicionamento externado pelo Superior Tribunal de Justiça, não obstante o diário da justiça eletrônico somente esteja oficialmente publicado no dia útil imediatamente seguinte à data da sua disponibilização, nada impede que o recurso seja interposto na data da disponibilização, caso em que estaria caracterizado simples hipótese de antecipação de ciência.

### **3.2 PORTAL DA INTIMAÇÃO ELETRÔNICA**

A intimação mediante publicação do diário da justiça eletrônico não se pode aplicar a todos os tipos de parte, porque alguns sujeitos processuais, tais como o Ministério Público, a Fazenda Pública e a Defensoria Pública, gozam da prerrogativa da intimação pessoal (conforme previsto no art. 176, § 5º do projeto de novo Código de Processo Penal).

É necessário empreender, nesse caso, a intimação eletrônica na forma prevista pela regra do art. 5º da Lei nº 11.419/2006, que determina seja instituído, pelo Poder Judiciário, um serviço próprio dedicado à comunicação dos atos processuais eletrônicos.

Referido serviço não se destina, contudo, apenas aos sujeitos processuais submetidos às regras especiais de intimação, podendo ser aplicado a todos os demais integrantes da relação processual, contanto que estejam devidamente credenciados para uso do sistema de processo judicial eletrônico, na forma do art. 2º da Lei nº 11.419/2006.

Uma vez realizado o credenciamento no sistema de processo judicial eletrônico para fins de acesso ao serviço de intimação eletrônica, o usuário estará se obrigando a realizar consulta reiterada e periodicamente no respectivo portal de intimação, mediante *login*, para fins de conhecimento das intimações que lhe forem remetidas eletronicamente.

Com efeito, a Lei nº 11.419/2006 dispõe que as intimações eletrônicas encaminhadas ao usuário cadastrado permanecerão aguardando a consulta da pessoa intimada, pelo prazo máximo de 10 dias, “sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo” (art. 5º, §3º), ou seja, decorrido esse prazo, ainda que o usuário não tenha realizado a consulta, considerar-se-á aperfeiçoada a comunicação do ato processual para todos os seus efeitos.

Note-se que o prazo de dez dias previsto pela Lei nº 11.419/2006 não tem natureza processual, porque se refere ao exercício de um comportamento exterior ao processo, a ser praticado no mundo fenomênico, por expressa obrigação legal. Trata-se de um interstício temporal fixado pela legislação para que os usuários do portal da intimação eletrônica realizem o acesso ao serviço e concluem a consulta das comunicações que lhes forem dirigidas.

A reforçar tal conclusão, convém acrescentar que o prazo em tela tem natureza decadencial, porque sua contagem deve ser principiada no dia seguinte à data da sua disponibilização no sistema, ainda que não seja dia de expediente no órgão comunicante, bem como, via de regra, não se suspende ou interrompe, conforme previsão contida no art. 21 da Resolução nº 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 21. Para efeito da contagem do prazo de 10 (dez) dias corridos de que trata o art. 5º, §3º, da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, no sistema PJe:

I – o dia inicial da contagem é o dia seguinte ao da disponibilização do ato de comunicação no sistema, independentemente de esse dia ser, ou não, de expediente no órgão comunicante;

II – o dia da consumação da intimação ou comunicação é o décimo dia a partir do dia inicial, caso seja de expediente judiciário, ou o primeiro dia útil seguinte, conforme previsto no art. 5º, §2º, da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

Parágrafo único. A intercorrência de feriado, interrupção de expediente ou suspensão de prazo entre o dia inicial e o dia final do prazo para conclusão da comunicação não terá nenhum efeito sobre sua contagem, excetuada a hipótese do inciso II.

Dito isso, cumpre observar que apenas depois de decorrido o prazo previsto no art. 5º, §3º, da Lei nº 11.419/2006 – ou imediatamente após a realização da consulta pelo usuário, o que vier primeiro – terá início a contagem do prazo processual fixado pela lei ou pelo juiz, observadas as regras ordinárias de contagem estipuladas na legislação processual pertinente.

Em nenhuma hipótese a urgência ou a relevância do caso concreto permitirá a redução desse intervalo de dez dias concedidos para o recebimento da intimação eletrônica. A contagem do termo processual somente iniciará após o decurso desse prazo ou a partir do recebimento antecipado da intimação, que será registrada no sistema no momento em que for realizada a consulta ao serviço de intimação eletrônica.

### 3.3 MEIOS ALTERNATIVOS DE INTIMAÇÃO

Nos casos urgentes, em que o aguardo da intimação no prazo de dez dias possa resultar em prejuízo a qualquer das partes ou nos casos em que houver evidências de que o alvo da intimação tenha empreendido esforços para burlar o sistema, a comunicação do ato poderá ser realizada extraordinariamente na forma do art. 5º, §5º, da Lei nº 11.419/2006, ou seja, por outro meio que atinja a sua finalidade (BAIOCCO, 2013, p. 120).

A regra do § 5º do art. 5º da Lei 11.419/2006 sobreleva a importância do papel do juiz na administração das ferramentas de intimação, atribuindo ao julgador a obrigação de zelar para que as comunicações sejam realizadas do modo mais adequado ao atendimento das peculiaridades processuais, permitindo-se, inclusive, nos casos em que houver risco de prejuízo ou suspeita de burla à intimação eletrônica, o uso de outros meios de comunicação aptos a atingir essa finalidade.

A legislação não especifica quais seriam esses meios de comunicação alternativos, exigindo do hermeneuta o esforço casuístico de análise do mecanismo de intimação utilizado em cada oportunidade, bem como a concomitante avaliação de sua compatibilidade com os direitos e deveres processuais das partes atingidas, porquanto o juiz não poderia arbitrariamente escolher um meio de comunicação que não esteja respaldado pela legislação vigente.

Nos dias atuais, a disponibilidade de ferramentas de comunicação móvel e das redes sociais facilita sobremaneira a localização e o envio de mensagens a pessoas, havendo registro no Brasil de várias experiências judiciais bem-sucedidas de uso de ferramentas eletrônicas – tais como o *e-mail*, serviços de mensagem curta em telefonia móvel (SMS – *Short Message Service*) e aplicativos de mensagem instantânea – para a comunicação de eventos processuais.

O uso dessas ferramentas de comunicação, contudo, no contexto jurídico vigente, depende ainda de um ato de adesão voluntária da pessoa intimada ao uso dessas vias alternativas de transmissão de intimações, pois que não estão legalmente previstas como instrumento oficial de comunicação.

O projeto de novo Código de Processo Penal inova ao dispor em alguns artigos regras admitindo a comunicação por mensagem eletrônica, tal como se vê nos arts. 27, § 3º, e 176, § 4º, instituindo hipóteses em que a adoção dos métodos eletrônicos de comunicação resultaria praticável independentemente da anuência da parte intimada.

### **3.4 O REGISTRO DE USUÁRIO NOS SISTEMAS DE INTIMAÇÃO ELETRÔNICA**

As comunicações dirigidas às partes que não estão obrigadas a manter cadastro nos sistemas de intimação eletrônica, nos termos previstos no art. 246, §1º, do Código de Processo Civil, haverão de ser realizadas pelos métodos físicos tradicionais, ou seja, mediante ferramentas postais, edital ou apoio de serventuário da justiça.

Encontram-se obrigadas a se cadastrar para comunicação eletrônica, nos termos do dispositivo legal acima referido, todas as empresas, públicas e privadas, excetuando-se de tal ônus as microempresas e as empresas de pequeno porte em virtude de previsão legal expressam bem como todas as demais pessoas físicas, porque não foram expressamente obrigadas a fazê-lo.

Estão identicamente impelidos pela legislação processual a manter cadastro nos sistemas de processo judicial eletrônico, para fins de citação e intimação eletrônica, a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios e as entidades da Administração Pública indireta, conforme previsto no §2º do art. 246 do Código de Processo Civil.

Quanto à obrigatoriedade de cadastramento dos entes públicos nos sistemas de processo judicial eletrônico, já se pretendia fosse tal regra instituída na redação original do projeto de lei que culminou na publicação da Lei nº 11.419/2006. O art. 17 do projeto, entretanto, foi vetado em face das seguintes razões:

O dispositivo ao estipular o prazo de cento e oitenta dias para o cadastro dos órgãos e entes da administração pública direta e indireta invade a competência do Poder Executivo, o que contraria o princípio da independência e harmonia dos Poderes, nos termos do art. 2º da Carta Maior, assim como a competência privativa do Presidente da República para exercer a direção superior da administração e para dispor sobre a sua

organização (art. 84, incisos II e VI, alínea “a”). Da mesma forma, ao criar obrigação para os órgãos e entes da administração pública direta e indireta das três esferas da Federação fere o pacto federativo, previsto no art. 18 da Constituição, que assegura a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ademais, pode ocorrer que órgãos e entidades de porte muito reduzido, ainda que situados em capitais, não consigam reunir as condições necessárias “para acesso ao serviço de recebimento e envio de comunicações de atos judiciais e administrativos por meio eletrônico”.

A lacuna normativa deixada pelo veto ao art. 17 da Lei nº 11.419/2006 foi superada pelo advento do novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – que regulamentou de modo mais abrangente a obrigatoriedade da adesão das partes aos mecanismos de intimação eletrônica.

As inclusões dessas regras de cadastramento na legislação processual civil revelam-se de grande importância para a consolidação do processo judicial eletrônico, haja vista que, antes do seu advento, não obstante a Lei nº 11.419/2006 previsse a possibilidade de criação de um serviço de intimação eletrônica mediante habilitação de usuário, não existia previsão legal que instituisse a obrigatoriedade da adesão, o que dificultava o avanço dos trabalhos dirigidos à implantação dessa ferramenta.

### 3.5 O REGISTRO DE USUÁRIO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Tanto o Código de Processo Penal vigente quanto o projeto de novo Código de Processo Penal não possuem previsão de obrigatoriedade de adesão ao serviço de intimação eletrônica, diferentemente do que ocorre na legislação processual civil.

Ante a inexistência de lei fixando a obrigatoriedade do cadastramento em sistema de processo judicial eletrônico no direito processual penal, bem como em virtude do veto do art. 17 da Lei nº 11.419/2006, não se revela possível impor a utilização desse meio de intimação àqueles que não se encontrem regularmente habilitados nos sistemas de intimação eletrônica.

Entretanto, se a pessoa intimada já se encontra habilitada no sistema de processo judicial eletrônico para o recebimento de intimações em geral, o uso dessa ferramenta pelo Poder Judiciário para comunicações pela Justiça Criminal resulta juridicamente possível, haja vista que o art. 5º, *caput*, da Lei nº 11.419/2006 estabelece que “*as intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico*”.



O dispositivo legal acima referido não faz qualquer distinção quanto à natureza da ação judicial, constando, ainda, no § 1º do art. 1º da Lei nº 11.419/2006, que seus dispositivos se aplicam indistintamente aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

Em outras palavras, embora o cadastramento no serviço de intimação eletrônica do Poder Judiciário não seja obrigatório no processo penal, é certo que, uma vez realizado tal cadastramento, ele produzirá efeitos em todos os processos que tramitem perante a unidade jurisdicional, inclusive nos feitos criminais.

Imperativo ressaltar, contudo, que tal afirmação somente se aplica às intimações, pois as citações judiciais no processo penal continuam sendo realizadas obrigatoriamente por meio físico, conforme preceitua a ressalva contida no art. 6º da Lei nº 11.419/2006, que excetua no direito processual criminal e infracional o uso das formas eletrônicas para a realização das citações judiciais.

O projeto do novo Código de Processo Penal reforça tal conclusão ao estipular em seus arts. 162 e 163 que as citações sejam sempre realizadas por mandado quando o réu estiver no território sujeito à jurisdição do juiz que a ordenou, ou por carta precatória quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante.

### **3.6 A INTIMAÇÃO ELETRÔNICA DA VÍTIMA**

O Código de Processo Penal de 1941 foi concebido sob uma perspectiva focada na relação havida entre o réu e o Estado, reflexo natural dos esforços para a afirmação do monopólio estatal da violência, o que manteve a vítima em posição de pouca relevância. Em virtude disso, a legislação processual penal vigente ainda hoje pouco oferece à vítima enquanto sujeito processual, instituindo apenas alguns mecanismos destinados a estimular a reparação dos danos sofridos.

Com o avançar do século XX, entretanto, essa concepção foi reavaliada, construindo-se um movimento de gradativa releitura do papel da vítima no processo penal. A Assembleia Geral das Nações Unidas, a propósito, aprovou a *“Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas”*, por meio da Resolução nº 40/34, em 29 de novembro de 1985, elencando uma série de princípios destinados a prestigiar os direitos das vítimas.

No direito positivo brasileiro, o legislador esboçou movimentos nessa mesma direção com a aprovação da Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, que acrescentou ao Código de Processo Penal vigente um capítulo dedicado à vítima, contendo apenas um artigo.

O projeto do novo Código de Processo Penal, nos moldes tradados pelo substitutivo em tramitação (Projeto de Lei nº 8.045/2010) contribui para a modificação desse cenário, contemplando os reclamos que modernamente emergem na sociedade no sentido de se conferir maior atenção à condição e aos direitos das vítimas.

Especificamente sob a perspectiva do processo judicial eletrônico, cumpre atentar-se para o disposto no art. 27 da proposta de novo Código de Processo Penal, que assegura à vítima, dentre outros direitos, o de ser informada dos atos relativos à prisão ou soltura do investigado e à conclusão do inquérito, consignando-se no § 3º do art. 27 que aludida comunicação poderá ser realizada por meio de endereço eletrônico previamente cadastrado.

Semelhantes direitos estão previstos no § 1º do art. 104 do projeto, o qual prevê que as comunicações da prisão ou soltura do suposto autor do crime, do recebimento dos autos pelo Ministério Público com a investigação criminal concluída, do eventual arquivamento do inquérito ou peças de informação, do recebimento da denúncia e da condenação ou absolvição do acusado, deverão ser enviadas à vítima, admitindo-se o uso de endereço eletrônico.

Havendo previsão expressa da utilização de endereço eletrônico nas comunicações dirigidas às vítimas, conclui-se que não se trata de uma mera faculdade do destinatário, senão uma autorização expressa de uso dessa via, dispensando-se a necessidade de anuência do recebedor para o uso de ferramentas eletrônicas de comunicação – tal como ocorre atualmente nos termos do § 3º do art. 201 do Decreto-Lei nº 3.689/1941 – contanto que se disponha de endereço eletrônico pelo qual o ofendido possa ser contatado.

A eficiência desse método de comunicação dependerá, obviamente, da atualização do endereço eletrônico e, nesse particular, o projeto aludido apresenta uma imprecisão que reclama uma maior atenção.

O art. 27, § 3º, inciso I, do projeto de novo Código de Processo Penal, ao estabelecer obrigação dirigida à vítima no sentido de que mantenha atualizado seu endereço ou outros dados que permitam sua localização, faz referência unicamente à comunicação dos atos relativos à prisão ou soltura do investigado e à conclusão do inquérito policial.

Essa mesma obrigação não foi repetida no art. 104 do projeto, o que permitirá, sustentar, baseado em uma interpretação literal do dispositivo, que inexistiria uma obrigação de a vítima manter atualizado o endereço eletrônico para fins de comunicação do recebimento dos autos pelo Ministério Público com a investigação criminal concluída, do eventual arquivamento do inquérito ou peças de informação, do recebimento da denúncia e da condenação ou absolvição do acusado.

Cremos, contudo, que a melhor interpretação há de compreender extensivamente esse ônus processual previsto no art. 27, § 3º, inciso I, porquanto não faria sentido exigir a atualização de endereço apenas para a comunicação de alguns atos praticados ao longo da investigação criminal

e não aplicar o mesmo tratamento em relação outros incidentes ocorridos no decorrer da ação penal.

Melhor seria, por certo, que aludida imprecisão fosse resolvida no texto do projeto, especificando-se mais claramente qual a efetiva extensão desse ônus e permitindo-se bem compreender a exata medida em que se admitirá o uso de meios eletrônicos de comunicação com a vítima, reduzindo-se a margem atualmente deixada para interpretações conflitantes.

Trata-se de questão bastante importante sob dois diferentes aspectos: primeiramente porque otimiza a eficiência com que a vítima será atendida ao longo da investigação e da ação penal, pois o uso de mecanismos eletrônicos oferecem solução ágil e acessível para a transmissão imediata de informações; e, em segundo lugar, porque as várias comunicações previstas pela legislação implicarão obviamente em um incremento dos custos operacionais do sistema de justiça e o uso de endereços eletrônicos poderia resultar em significativa economia e maior assertividade por parte dos órgãos incumbidos de efetivar essas comunicações.

#### **4 CONCLUSÃO: PRIMEIROS PASSOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL ELETRÔNICO**

De todos os ramos do direito processual, certamente o penal é aquele que, até o presente momento, menos recebeu acréscimos legislativos para sua adaptação ao processo eletrônico, o que exige dos intérpretes e operadores do direito esforços adicionais para uma adequada aplicação das novas tecnologias nos inquéritos policiais e ações penais.

O projeto de novo Código de Processo Penal, inobstante o tenha feito de modo limitado, inaugura os primeiros dispositivos legais especificamente dirigidos à adoção do processo judicial eletrônico no âmbito criminal, contribuindo para o aprimoramento das práticas judiciárias.

Seria oportuno, entretanto, que o projeto tratasse com melhores detalhes alguns aspectos potencialmente controvertidos relativos à aplicabilidade do processo eletrônico na justiça criminal, tais como: a) a possibilidade de uso do portal da intimação eletrônica na esfera penal e a obrigatoriedade ou não do cadastramento dos sujeitos processuais nesse serviço; b) a possibilidade de uso de meios eletrônicos para a comunicação de incidentes processuais, especialmente à vítima, bem como a obrigatoriedade ou não das partes interessadas manterem atualizados seus endereços eletrônicos e; c) uma especificação mais clara a respeito dos limites impostos ao tratamento dos dados pessoais a que se refere a Lei Geral de Proteção de Dados, de modo a esclarecer a extensão exata da inaplicabilidade das regras de proteção daquela Lei aos dados colhidos e tratados para fins de segurança pública.

## REFERÊNCIAS

ABOSO, Gustavo Eduardo; ZAPATA, María Florencia. **Cibercriminalidad y derecho penal: la información y los sistemas informáticos como nuevo paradigma del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

ABRÃO, Carlos Henrique. **Processo eletrônico: Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo Almeida. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL JÚNIOR, Silvério Luiz Nery. **Processo judicial eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2008.

AZEVEDO, Alba Paulo. **Processo penal eletrônico e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2012.

BADIOCCO, Elton. **Processo eletrônico e sistema processual: o processo civil na sociedade da informação**. Curitiba: Juruá, 2013.

BARROS, Marco Antônio de. **Arquitetura preambular do processo judicial eletrônico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 889, nov. 2009.

BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. **Lei do Processo Judicial Eletrônico**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm). Acesso em: 06 jan.2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8045/2010, origem Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. **Código de Processo Penal**. Câmara dos Deputados da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CEPEJ. European Commission for the Efficiency of Justice. **Cepej Studies nº 24 - Use of information technology in European courts**. 2016. Disponível em: <https://rm.coe.int/european-judicial-systems-efficiency-and-quality-of-justice-cepej-stud/1680788229>. Acesso em: 21 dez. 2019.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Elementos para uma teoria do processo em meio reticular-eletrônico**. In: ROVER, Aires José (Org.).

**Engenharia e gestão do judiciário brasileiro: Estudos sobre E-Justiça.** Erechim: Editora Deviant, 2016.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. **Processo Judicial Eletrônico.** Curitiba: Juruá, 2009.

FERRER, Francisco Monterde. **El proceso de introducción de las nuevas tecnologías en el ejercicio de la función jurisdiccional.** Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, n. 56, 2006.

GALINDO, Fernando. **Aplicación del derecho em la e-justicia.** In: ROVER, Aires José (Org.). **Engenharia e gestão do judiciário brasileiro: Estudos sobre E-Justiça.** Erechim: Editora Deviant, 2016.

GIBSON, Willian. **Neuromancer.** Trad. Fávio Fernandes. 4. ed. São Paulo: Aleph, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

KRAMMES, Alexandre Golin. **Processo Judicial Eletrônico: o primeiro caso na justiça estadual brasileira.** Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, v. 1, n. 1, 2009. ISSN 2175-9391.

KIM, Joon Ho. **Cibernética, ciborgues e ciberespaço: notas sobre as origens da cibernética e sua reinvenção cultural.** Horizontes Antropológicos, v. 10, n. 21, Porto Alegre, jan./jun. 2004. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-71832004000100009>. Acesso em: 15 jan. 2020.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). **Direito privado e Internet.** São Paulo: Atlas, 2014.

REILING, Dory. **Technology for Justice: How Information Technology Can Support Judicial Reform.** Leiden University Press, 2009. Pág. 47. Disponível em: <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/21365/file174577.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2019.

ROTTA, Maurício José Ribeiro; VIEIRA, Priscila; ROVER, Aires José; SEWALD JUNIOR, Egon. **Aceleração Processual e processo judicial digital: um estudo**

**comparativo de tempos de tramitação em Tribunais e Justiça.** Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico (ISSN 2175-9391), n. 8, 2013.

STERLING, Bruce. **The Hacker Crackdown - Law and Disorder on the Electronic Frontier.** E-book traduzido para HTML por Bruan O'Sullivan. Massachusetts Institute of Technology. Disponível em: <http://www.mit.edu/hacker/hacker.html>. Acesso em: 12 jan.2020.

TEIXEIRA, Tarcício. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WIERNER, Norbert. **Cibernética e sociedade: o uso humano dos seres humanos.** Trad. José Paulo Paes. 2. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1968.

\_\_\_\_\_. **Cybernetics: or the Control and Communication in the Animal and the Machine.** Second edition. Fourth Printing, 1985. The M.I.T. press. Cambridge, Massachusetts.

## O SISTEMA ACUSATÓRIO E A GESTÃO DA PROVA

Paulo Cezar dos Passos<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 realizou uma opção pelo modelo de Estado Democrático de Direito e elevou, à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, consoante se infere do artigo 1º, III, do Texto Fundamental.

Diante desse perfil delineado pelo constituinte originário, extraído de diversas passagens da Carta Constitucional, notadamente do vastíssimo rol do artigo 5º, vê-se que sua carga axiológica impulsiona para a condução de um processo penal democrático. Assim, garantias como o contraditório, a ampla defesa, a presunção do estado de inocência, o *favor rei*, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, a titularidade da ação penal pelo Ministério Público, dentre outras, estão a demonstrar que há um sistema acusatório a assegurar um processo penal garantista e democrático, como corolário desse sistema de valores enraizados no texto constitucional.

Pelo sistema acusatório, acusação, defesa e juiz possuem papéis definidos e inconfundíveis. A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento, conforme se extrai da inteligência do artigo 129, I, da Constituição Federal.

Como já lembrava José Frederico Marques, no direito processual penal brasileiro somente o sistema acusatório pode ter acolhida, uma vez que se assegura constitucionalmente aqueles a quem se imputa a prática de um ilícito penal a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ele inerentes, uma instrução criminal contraditória e um juiz imparcial<sup>2</sup>.

Na visão de Ferrajoli, pode-se chamar de acusatório o 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 a defesa mediante um contraditório público e oral solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Procurador-Geral de Justiça de Mato Grosso do Sul de 2016-2018. Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União de 2019-2020. Conselheiro Nacional do Ministério Público. Mestre pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Doutorando pela Faculdade de Direito do Largo do São Francisco (USP).

<sup>2</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. I, p. 71.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** – São Paulo: Ed. Revista

Este sistema, portanto, funda-se na existência de vários sujeitos processuais, tendo eles funções distintas de acusação, defesa e julgamento, sendo certo que a função investigativa só não pode ser atribuída ao julgador. Na mesma linha, inclusive, Douglas Fischer enfatiza com Pacelli de Oliveira, que *o Poder Judiciário, em um sistema processual penal acusatório, isto é, em um sistema no qual as funções de acusar (daí acusatório) e de julgar são atribuídas a órgãos distintos, não tem poderes investigatórios*<sup>4</sup>.

O Supremo Tribunal, por mais de uma oportunidade, já reconheceu a existência do sistema acusatório, reconhecendo que a separação das funções de acusar e julgar marca o sistema acusatório no processo penal brasileiro, sendo fundamental para assegurar a imparcialidade dos juízes<sup>5</sup>.

Desse modo, impõe-se a irradiação do texto constitucional ao processo penal, com uma leitura a partir da Constituição Federal das normas processuais penais.

## 1 A ESTRUTURA ACUSATÓRIA E A GESTÃO DA PROVA

O projeto de Código de Processo Penal assegura a estrutura acusatória, com seus efeitos espargidos em diversos aspectos do regramento do processo penal, dentre ele, um dos mais importantes, no que se refere à produção das provas.

Dispõe o texto do projeto que *“as provas serão requeridas pelas partes”*, sendo que ao juiz será *“facultado”* determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova requerida e produzida por qualquer uma das partes (art. 194 e parágrafo único).

Adotando a linha do que já escrevia o autor italiano Franco Cordero, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz conduz ao primado da hipótese sobre o fato, gerando um quando mental paranoico<sup>6</sup>, razão pela qual deve este estar afastado da gestão da prova.

Juan Verger Grau, em monografia específica, também conclui que além de não entregar a função de acusar e julgar a um mesmo órgão, o sistema acusatório estaria violado se ao magistrado é autorizado gerir a prova, assumindo um papel intenso e ativo na busca de elementos que formem a sua convicção<sup>7</sup>.

---

dos Tribunais, 2002. p.452.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18.

<sup>5</sup> STF: ADI 5104/DF; ADI 1570; MC na ADI 4693/BA, entre outras.

<sup>6</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 51.

<sup>7</sup> GRAU, Juan Verger. **La defensa del imputado y el principio acusatorio**. Barcelona: Bosch, 1994, p. 23.



O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1570, há muito já havia se pronunciado sobre o tema, concluindo que *“não há como evitar a relação de causa e efeito entre as provas coligidas contra o suposto autor do crime e a decisão a ser proferida pelo juiz. Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade”*.<sup>8</sup>

Compreende de idêntica maneira Renato Brasileiro de Lima, pois não é suficiente a mera separação das funções de julgar e acusar para caracterização do sistema acusatório, porquanto a imparcialidade do magistrado não estará garantida enquanto o juiz não for estranho à atividade investigatória e instrutória, uma vez que existiria usurpação do papel a ser desempenhado por outro ator da relação processual<sup>9</sup>.

Geraldo Prado avalia de igual modo que *“quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgado”*<sup>10</sup>. Desse modo, deve haver o afastamento do magistrado da gestão da prova, devendo haver um seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, o que permite uma melhor ponderação e conclusão do acervo probatório que lhe foi trazido.

Douglas Fischer e Eugenio Pacelli de Oliveira trazem ponderação acerca do total afastamento do magistrado da gestão da prova, entendendo que a possibilidade de participação do magistrado nesta não desqualifica o sistema como acusatório.

Pontuam que *“se, do ponto de vista formal, a iniciativa probatória do juiz não se presta a desqualificar um sistema de natureza acusatória, de outro lado, do ponto de vista material, isto é, ao exame da situação concreta, uma autorização probatória sem contornos e sem controle poderia abrigar uma atuação judicial substitutiva das funções do Ministério Público, aproximando-a da atividade acusatória. [...] Entendemos que nosso modelo se pauta, de fato, pelo princípio acusatório [...] com as seguintes características: a) a fase de investigação tem natureza administrativa, dela não participando o juiz, a não ser na tutela das liberdades públicas; b) a fase processual se inicia com a acusação, que, como regra, é pública, e, também como regra, obrigatória; c) eventuais interferências judiciais na fase de investigação não podem ser fundamentadas na proteção ao objeto da investigação. As chamadas reservas*

<sup>8</sup> STF, Rel. Min. Maurício Corrêa, ADI 1.570, DJ 22/10/2004.

<sup>9</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 44.

<sup>10</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 176.

da jurisdição (inviolabilidade do domicílio, das comunicações telefônicas e de dados, as prisões e demais medidas cautelares), configuram um juiz de garantias e não um juiz de instrução. A tutela é das liberdades públicas e não da fase de investigação; d) o juiz deve ter iniciativa probatória, limitada à fase processual, vedada a substituição e a supressão dos ônus ministeriais relativos à prova. Mais. Não há sistema processual algum que vede toda e qualquer iniciativa probatória ao juiz. Nem mesmo no chamado sistema de partes (adversary system) do direito estadunidense. Em primeiro lugar, porque, ali, a regra da inércia absoluta (função de arbitragem) do juiz está relacionada com a competência reservada ao Tribunal do Júri para o julgamento de determinadas infrações. Na competência de julgamento pelo juiz singular, não há vedação expressa à determinação de provas pelo juiz. Em segundo lugar, mesmo a gestão da prova ou o controle de legalidade dela, tal como ali realizado, não deixa de implicar, em certa medida, uma análise de seu conteúdo, o que poderia permitir uma atividade probatória negativa, mas de todo influente”<sup>11</sup>.

Desse modo, para alguns, como visto, a iniciativa probatória do juízo é vista, como uma violação do princípio acusatório, que busca garantir a imparcialidade judicial a partir da ideia de que *ne procedat iudex ex officio*.

Entretantes, ainda que, **DE REGRA**, o juiz não tenha gestão ampla da prova, sendo-lhe absolutamente vedada qualquer iniciativa probatória na fase investigatória, há maneiras de qualificar a atuação judicial na gestão da prova.

Adoto a linha de que entende possível, por exemplo, de que o juízo estimule as partes para que produzam provas que entenda relevantes, ainda que as partes não a tenham produzido, como previsto no artigo 420.1 da *Lei de Enjuiciamiento Civil* espanhola<sup>12</sup>.

Demais disso, conforme inclusive previsto expressamente no projeto, a atuação do juízo sempre será acessória e complementar àquela desenvolvida pelas partes, sendo que sua atuação será complementar – e/ou estimular – a atividade probatória desenvolvida pelas partes<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 341 e ss.

<sup>12</sup> 1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, citándose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.

<sup>13</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 202-203.

A imparcialidade do julgador restará afetado, ferindo a paridade de armas entre as partes, quando este assume uma atividade substitutiva do órgão incumbido de deduzir a pretensão acusatória em juízo, atuando na gênese da produção probatória, sem que exista qualquer provocação. Em suma, quando houver uma atuação substitutiva sem qualquer iniciativa do órgão acusatório haverá violação ao sistema acusatório, com a consequente nulidade da prova produzida.

E, portanto, sempre será possível uma atividade complementar pelo juízo, ainda que de ofício, para o único fim de esclarecer dúvidas sobre provas anteriormente produzidas pelas partes.

## 2 A IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

O projeto estabelece que *“o juiz que presidiu a instrução deverá proferir sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado, por qualquer motivo, promovido ou aposentado, hipótese em que os autos serão encaminhados a seu sucessor”* (art. 338).

O atual Código de Processo Penal já prevê o princípio da identidade física do juiz no § 2º do artigo 399, na redação conferida pela Lei nº 11. 719/2008, de modo que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Importante princípio que decorre do mandamento constitucional de que *“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”* (CF, art. 5º, LIII).

Como afirmado, a regra da identidade física do juiz está fortemente ligada à garantia do juiz natural, embora seja possível a existência de uma delas sem a outra.

A competência do juiz deve ser previamente definida em lei, notadamente especificando qual juiz, de modo individual, detém competência para julgar o feito.

O juiz pode variar ao longo do tempo, mas o órgão competente continuará o mesmo. No entanto, a regra é que aquele juiz que presidiu a instrução deve julgar a causa. Assim, pode ocorrer variações das regras de competência, inclusive com alteração do juiz ao longo do processo, mas a partir do término da instrução, o juiz que pessoalmente irá sentenciar está definido.

A concentração dos atos judiciais em uma única (ou em poucas audiências), com a produção da prova e debates orais seguidos de sentença visa a privilegiar o princípio da identidade física do juiz, permitindo que aquele que tenha contato com a prova, portanto com maior conhecimento dos fatos trazidos em juízo, possa sentenciar com a maior aproximação possível da verdade processual.

Como Rui Portanova assevera, há um encadeamento sistêmico entre os subprincípios da oralidade, concentração dos atos e imediatidade e o princípio da identidade física do juiz, sendo preciso uma atuação direta do juiz em relação à prova oralmente produzida, sem que se possa ser mediatizada por outra pessoa<sup>14</sup>.

No entanto, a adoção do princípio da identidade física do Juiz no processo penal não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da Jurisdição Penal que somente interessam aos que pretendem se furta à aplicação da Lei<sup>15</sup>.

A propósito, como bem pontuado por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: *“adotado no processo penal a identidade física do juiz, fatalmente haverá situações concretas que acabarão fazendo com que se tenha que excepcionar tal regra. Mormente quando se exige que toda a instrução se desenvolva perante um mesmo juiz, a identidade física do juiz não é uma regra absoluta. [...] A identidade física do juiz deve atuar integralmente com o sistema da oralidade, que tem como outras características a concentração e a imediação.”*<sup>16</sup>

A identidade física do juiz deve ser observada, sendo o término da instrução como marco definitivo do magistrado que irá julgar o processo, estabelecendo o projeto qual é o juiz – fisicamente – que está vinculado a sentença, sendo que sua violação, fora das exceções previstas expressamente, acarretará nulidade da sentença.

<sup>14</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1999, p. 221.

<sup>15</sup> STJ, CC 99023/PR, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 28/08/2009.

<sup>16</sup> Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 200, p. 12/13, julho 2009.

## REFERÊNCIAS

Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 200, p. 12/13, julho 2009.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986.

GRAU, Juan Verger. **La defensa del imputado y el principio acusatório**. Barcelona: Bosch, 1994.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1999.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: **A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.



[editoraclassica.com.br](http://editoraclassica.com.br)