

12

SABERES DO DIREITO

# Processo Penal III

*Procedimentos e prisão*

IVAN LUÍS MARQUES

JOÃO HENRIQUE IMPERIA MARTINI

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES



**Editora  
Saraiva**

## DADOS DE COPYRIGHT

### Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

### Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [LeLivros.Net](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link

*Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.*





12  
SABERES DO DIREITO

*Processo Penal III*

*Procedimentos e prisão*

IVAN LUÍS MARQUES  
JOÃO HENRIQUE IMPERIA MARTINI

COORDENADORES  
ALICE BIANCHINI  
LUIZ FLÁVIO GOMES

2012



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP  
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a  
6ª, das 8:30 às 19:30  
E-mail [saraivajur@editorasaraiva.com.br](mailto:saraivajur@editorasaraiva.com.br)  
Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

## **FILIAIS**

### **AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE**

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-  
4782 – Manaus

### **BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax:  
(71) 3381-0959 – Salvador

### **BAURU (SÃO PAULO)**

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax:  
(14) 3234-7401 – Bauru

### **CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO**

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384  
– Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

### **DISTRITO FEDERAL**

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone:  
(61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

### **GOIÁS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-  
2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

## **MATO GROSSO DO SUL / MATO GROSSO**

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

## **MINAS GERAIS**

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

## **PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

## **PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

## **PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS**

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

## **RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)**

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

## **RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

## **RIO GRANDE DO SUL**

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

## **SÃO PAULO**

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

Marques, Ivan Luís;  
Martini, João Henrique  
Imperia  
Processo penal III / Ivan  
Luís Marques. -- São  
Paulo :  
Saraiva, 2012. –  
(Coleção saberes do  
direito ; 12)  
1. Processo penal 2.  
Processo penal – Brasil I.  
Título.  
II. Série.  
12-01363 CDU-343.1

Índice para catálogo sistemático:  
1. Processo penal : Direito penal 343.1

**Diretor editorial** Luiz Roberto Curia

**Diretor de produção editorial** Lígia Alves

**Editor** Roberto Navarro

**Assistente editorial** Thiago Fraga

**Produtora editorial** Clarissa Boraschi Maria

**Preparação de originais, arte, diagramação e revisão** Know-how  
Editorial

**Serviços editoriais** Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira

**Capa** Aero Comunicação

**Produção gráfica** Marli Rampim

**Produção eletrônica** Ro Comunicação

**Data de fechamento da  
edição: 17-2-2012**

**Dúvidas?**

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.



## **IVAN LUÍS MARQUES**

Mestre em Direito Penal pela USP. Professor de  
Processo Penal. Advogado.

## **JOÃO HENRIQUE IMPERIA MARTINI**

Defensor Público no Estado de São Paulo.

Conheça os autores deste livro:  
<http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=16925-8>

## **COORDENADORES**

### **ALICE BIANCHINI**

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em  
Direito pela UFSC. Presidente do Instituto

Panamericano de Política Criminal – IPAN. Diretora do Instituto LivroeNet.

## LUIZ FLÁVIO GOMES

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: <http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>



## Apresentação

O futuro chegou.


A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

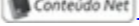
**Diálogo entre o livro e o**



A união da tradição Saraiva com o novo conceito de *livro vivo*, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de ).

No  você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu

repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao  <sup>1</sup> do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em [www.livroenet.com.br](http://www.livroenet.com.br).

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.


**Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes**

Coordenadores da Coleção Saberes do Direito

Diretores da LivroeNet

*Saiba mais sobre a LivroeNet*

<http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

<sup>1</sup> O  deve ser adquirido separadamente. Para mais

informações, acesse [www.livroenet.com.br](http://www.livroenet.com.br).



## PARTE I

### Procedimentos Penais

*Ivan Luís Marques*

#### Capítulo 1 Aspectos Constitucionais dos Procedimentos

1. Noções gerais
2. Devido processo legal e outros princípios
3. Regras infraconstitucionais gerais
  - 3.1 Aplicabilidade imediata das regras processuais penais
  - 3.2 Interpretação e aplicação

#### Capítulo 2 Procedimentos Penais

1. Divisão dos procedimentos: comum e especial
  - 1.1 Procedimento comum
    - 1.1.1 Procedimento comum ordinário
    - 1.1.2 Procedimento comum sumário
    - 1.1.3 Procedimento comum sumaríssimo – JECRIM
  - 1.2 Procedimentos especiais

#### I – Procedimentos especiais previstos no Código de Processo Penal

1. Procedimento especial do tribunal do júri
2. Do processo e do julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos
3. Do processo e do julgamento dos crimes de calúnia, difamação e injúria, de competência do juiz singular
4. Do processo e do julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial
5. Do processo de restauração de autos extraviados ou destruídos

## II – Procedimentos especiais previstos fora do Código de Processo Penal

### 1. Estatuto do Idoso

#### 1.1 Art. 94 do Estatuto do Idoso

#### 1.2 Art. 95 do Estatuto do Idoso

### 2. Lei de Drogas

### 3. Falência

### 4. Violência doméstica e familiar contra a mulher

#### 4.1 Fundamento legal e conceitos

#### 4.2 Do procedimento

## PARTE II

### Prisão e Medidas Cautelares

*João Henrique Imperia Martini*

#### 1. Introdução – prisão-pena e prisão processual (cautelar)

#### 2. Separação do plano concreto e do abstrato

#### 3. Marco do trânsito em julgado da sentença penal condenatória dividindo as situações-prisão processual e a prisão-pena

#### 4. O que a medida busca acautelar

### Capítulo 1 Aspectos Constitucionais da Prisão

### Capítulo 2 Princípios Regentes das Medidas Cautelares

#### 1. Noções gerais

#### 2. Prisão preventiva por insuficiência das demais medidas cautelares

#### 3. Modalidades de prisão vigentes

#### 4. Regras complementares para aplicação das medidas cautelares

### Capítulo 3 Prisão em Flagrante

### Capítulo 4 Prisão Preventiva

#### 1. Noções gerais

#### 2. Modalidades de prisão preventiva

3. Hipóteses de cabimento e vedações à decretação da preventiva

4. A prisão domiciliar

#### **Capítulo 5 Liberdade Provisória, com ou sem Cautelares**

1. Outras medidas cautelares

2. Fiança

3. Medidas cautelares diversas da fiança

#### **Capítulo 6 Prisão Temporária e outras Modalidades de Prisão**

1. Noções gerais

2. Hipóteses de cabimento

3. Prazo de duração

4. Separação dos presos

#### **Capítulo 7 Análise Tópica das Medidas Cautelares**

1. Prisão preventiva (arts. 282, 312 e 313 do CPP)

2. Liberdade Provisória (LP) – arts. 310, III e 321

3. Outras hipóteses de prisão processual vigentes

4. Hipóteses de prisão revogadas

#### **Capítulo 8 Resumo sobre o Tema**

#### **Capítulo 9 Temas Polêmicos sobre Prisão**

1. Temas polêmicos sobre prisão e medidas cautelares no âmbito da investigação policial

2. Temas polêmicos sobre prisão em flagrante delito

3. Temas polêmicos sobre prisão preventiva

4. Temas polêmicos sobre liberdade provisória

5. Temas polêmicos sobre a Lei Maria da Penha e o Código de Processo Penal

#### **Referências**

## PARTE I



### Procedimentos Penais



#### Aspectos Constitucionais dos Procedimentos



#### Procedimentos Penais

Os procedimentos processuais penais são conjuntos de regras previstos na legislação, portanto de observação obrigatória, consistindo em atos que devem ser praticados na ordem correta para chegar a um resultado favorável (absolvição) ou desfavorável (condenação) ao réu.

O processo só será válido se todos os atos que o compõem forem praticados da forma como a lei determina, nos prazos legais e na sequência correta.

Respeitadas todas essas premissas, o processo será válido, compatível com os princípios gerais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

A inobservância da ordem correta dos atos do processo pode fazer surgir alguma nulidade e, como consequência, o ato produzido deverá ser anulado e refeito, o que leva tempo para acontecer e tem alto custo para o Estado.

Por essas razões, a lei impõe uma sequência de atos e a qualifica de observância obrigatória, para que eventual decisão final, condenatória ou absolutória, seja a mais justa possível e respeite a legislação processual, desde o ato inicial de persecução penal (prisão em flagrante) até o ato final (decisão definitiva transitada em julgado).

Se todos os atos procedimentais foram rigidamente observados pelos aplicadores do direito (delegados, advogados, defensores públicos, representantes do Ministério Público, magistrados), podemos afirmar que a ação penal observou o devido processo legal e, portanto, é válida em sua integralidade.

Nessa primeira parte do livro, estudaremos os procedimentos penais previstos no Código de Processo Penal para, em seguida, estudarmos os procedimentos penais previstos em leis especiais, fora do Código.



### Aspectos Constitucionais dos Procedimentos

#### 1. Noções gerais

Sempre que abordamos qualquer assunto jurídico sob o prisma constitucional, devemos começar pelo princípio da isonomia, ou igualdade constitucional.

Reza o art. 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Além da igualdade em direitos e obrigações, para brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Os bens da nossa vida, como liberdade, vida, igualdade, segurança e propriedade, a partir do momento que passam a ser protegidos pelo Direito, recebem o título de bens jurídicos.

Todos temos plena liberdade para agir em sociedade. Os limites da liberdade das nossas condutas devem estar expressos na lei, pois ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CRFB).

A lei pode limitar nossos comportamentos, mas não pode impedir que busquemos proteção do Estado ou ressarcimento no âmbito do Poder Judiciário, ao dispor que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CRFB).

#### 2. Devido processo legal e outros princípios



*Devido processo legal:* Ao ingressar no Poder Judiciário para buscar a efetivação de nossos direitos, iremos nos deparar, necessariamente, com o mais importante princípio processual: o devido processo legal.



*Autoridade competente:* Reza o art. 5º, LIV, que ninguém será

privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Inclui-se, nesse princípio, o direito que temos de sermos processados e sentenciados pela autoridade competente (LIII, art. 5º).

◆ *Contraditório e ampla defesa*: Acresçam-se a esse devido processo legal os princípios do contraditório e da ampla defesa, tanto em processos judiciais quanto em procedimentos administrativos, além dos meios e recursos que lhe são próprios.

◆ *Segurança jurídica*: Antes do início de qualquer processo, deve o juiz verificar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

◆ *Duração razoável do processo*: O processo, em qualquer de suas modalidades (penal, civil, administrativo, trabalhista, tributário, eleitoral etc.), deve ter duração razoável. Esse direito constitucional foi expresso no art. 5º, em nossa Constituição da República, por força da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, com os seguintes dizeres: “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”.

◆ *Publicidade dos atos processuais*: O processo, em regra, será público. Temos dois artigos constitucionais tutelando a publicidade dos atos processuais: o inciso LX do art. 5º – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; e o inciso IX do art. 93 – *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (grifos nossos)*.

◆ *Inadmissibilidade das provas ilícitas*: LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

◆ *Presunção de inocência*: LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

◆ *Identificação criminal*: LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

◆ *Ação penal privada subsidiária da pública*: LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

◆ *Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

◆ *Normas complementares com status constitucional*: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

◆ *Procedimento especial para apuração dos crimes dolosos contra a vida*: Além das regras gerais previstas expressamente na Constituição, há procedimento processual penal previsto na Constituição, tamanha sua importância. Não o procedimento em si, detalhado ato por ato, mas a previsão de sua existência e competência material. Trata-se do Tribunal do Júri que, por sua localização no texto constitucional, materializa-se como cláusula pétreia (art. 60, § 4º, CRFB).

◆ *Reza o art. 5º, inciso XXXVIII*: é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

### **3. Regras infraconstitucionais gerais**

De forma complementar às regras previstas na Constituição, há dois artigos importantes que regem todo o direito processual penal brasileiro, previstos no próprio Código de Processo Penal e, devido à sua relevância ampla, serão tratados neste primeiro capítulo.

### **3.1 Aplicabilidade imediata das regras processuais penais**

Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

A regra diz respeito a uma premissa de regras que possuem natureza jurídica de regra processual: aplicabilidade imediata.

Se, durante o andamento regular do processo, uma lei modificar as regras processuais penais, de que forma essa mudança desse ser aplicada?

A regra é simples e está prevista nesse art. 2º: não é preciso aguardar o fim da ação penal para aplicar a novidade legislativa apenas no próximo processo. Aplica-se a nova regra imediatamente, respeitando apenas o ato que já começou e está em andamento. Após os exemplos, a explicação ficará mais clara:

a) *Protesto por novo Júri* – a Lei n. 11.689/2008 revogou expressamente o protesto por novo Júri, um recurso exclusivo da defesa. Tinha aplicação para as condenações do Tribunal do Júri, pela prática de crimes dolosos contra a vida, quando a pena estipulada para o réu era igual ou superior a 20 anos. Esse recurso exclusivo da defesa foi expressamente revogado e atingiu um grande número de processos que estavam em andamento no Júri, mas que ainda não tinham sido julgados. A pergunta a ser feita é: essa lei que excluiu o recurso do protesto por novo Júri atinge os processos em andamento ou apenas os processos que começaram após sua entrada em vigor? Em outras palavras, o réu que já estava respondendo a um processo no Júri, caso venha a ser condenado, terá direito ao protesto por novo Júri ou não?

Para responder a essa questão, caso você considere os artigos revogados como de natureza jurídica processual, vale a regra do art. 2º do CPP, qual seja, a lei processual penal entra em vigor imediatamente. Assim, atinge os processos em andamento e os réus não terão direito ao protesto por novo Júri.

b) *Prisão em flagrante no curso do processo* – a Lei n. 12.403/2011 modificou muitas das regras de nosso sistema de prisões cautelares, entre elas, agora não é mais possível alguém ficar preso durante o processo penal apenas por força da prisão em flagrante.

Após a pessoa ser presa em flagrante pela polícia, a autoridade policial (delegado) deve lavrar o auto de prisão em flagrante e remetê-lo, em 24 (vinte e

quatro) horas para o magistrado competente.

O juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deve tomar uma das seguintes decisões:

◆ *Relaxar a prisão em flagrante, se ela for ilegal.* Isso significa que a pessoa presa será solta imediatamente, mas não significa que o crime não será investigado. Apenas ele poderá responder à investigação policial e, futuramente, se a denúncia for oferecida e recebida, ao processo em liberdade.

◆ Conceder liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares (arts. 319 e 320).

◆ Converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se estiverem presentes os requisitos dos arts. 282, 312 e 313 do CPP.

Nada impedirá sua prisão preventiva, se surgirem prova da materialidade e indícios de autoria, se essa medida for necessária e adequada (art. 282), se ocorrer uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (prender como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal) e a prisão preventiva ser cabível no caso concreto (I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313)), todos do Código de Processo Penal.

A questão relevante é: essa regra deve entrar em vigor no momento da vigência da lei processual penal nova, ou só será aplicada para crimes cometidos após sua entrada em vigor?

A resposta é a mesma do exemplo previsto na letra *a*, qual seja, se considerar essa novidade legislativa como uma regra de natureza processual, ela segue a regra do art. 2º do Código de Processo Penal e entra em vigor imediatamente, atingindo os processos em curso.

### **3.2 Interpretação e aplicação**

Para estudarmos esse item, vamos compará-lo com o Direito Penal.

No Direito Penal, não se admite interpretação extensiva nem aplicação analógica contra o acusado.

O réu tem como garantia o princípio da estrita legalidade e, dessa forma, não pode o Estado ampliar as hipóteses mais gravosas da lei penal para punir o acusado, utilizando como ferramentas dessa ampliação a interpretação extensiva e a aplicação analógica.

No direito processual penal, a regra é diferente.

Aqui, o art. 3º da lei processual penal admite, expressamente, a interpretação extensiva e a aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

**Atenção:** somente regras de cunho estritamente processual podem ser aplicadas de forma ampliativa pelo juiz. Se atingirem a liberdade do cidadão, direta ou indiretamente (ou seja, com prisão ou medidas cautelares diversas da prisão), não se admitirá a ampliação das hipóteses de cabimento da lei.



#### 1. Divisão dos procedimentos: comum e especial

O Livro II do Código de Processo Penal trata dos processos em espécie.

Esse livro sofreu inúmeras modificações e, se somados à completa reformulação do rito especial do Tribunal do Júri, podemos afirmar que os procedimentos anteriormente conhecidos desapareceram por completo.

A Lei n. 11.719/2008 modificou a redação de 13 artigos (63, 257, 265, 362, 363, 366, 383, 384, 387, 394 a 405, 531 a 538), incluiu um novo artigo (396-A) e revogou outros 15 (43, 398, 498, 499, 500, 501, 502, 537, 539, 540, 594, os §§ 1º e 2º do art. 366, os §§ 1º a 4º do art. 533, os §§ 1º e 2º do art. 535 e os §§ 1º a 4º do art. 538).

Essas revogações não deixaram lacunas no sistema processual penal. Eram regras antigas e incompatíveis com as regras primordiais de nossa Constituição da República Federativa do Brasil.

O número de alguns artigos e de seus respectivos institutos processuais sofreu alguma alteração e seu conteúdo migrou para outros artigos com nova numeração.

O Livro II do Código de Processo Penal traz títulos que dividem os procedimentos em comuns ou especiais (art. 394, CPP). Dentre os procedimentos especiais, temos os procedimentos especiais previstos no Código de Processo Penal e procedimentos especiais previstos fora do Código, em leis especiais.

O primeiro título do Livro II em comento trata do Processo comum. É a regra geral a ser seguida sempre que a apuração de determinado delito não exigir nenhuma etapa especial ou regras específicas de apuração. Sem atos específicos ou diferenciados, vale a regra geral, que é o procedimento comum.

Nesses termos, reza o § 2º do art. 394 do CPP: Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

Exemplo de procedimento especial previsto no próprio CPP é o rito especial do Júri. O § 3º do art. 394 reza que nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento observará as disposições estabelecidas nos arts. 406 a 497 deste Código. Esses artigos foram totalmente reformulados pela Lei n. 11.698/2008.

O Capítulo I do título dos procedimentos comuns cuida da instrução criminal. Aqui estão as principais regras a serem utilizadas para a apuração de materialidade e autoria pela prática de infrações penais. Ele foi totalmente reestruturado pela Lei n. 11.719/2008, que modificou os procedimentos no Código de Processo Penal.

### **1.1 Procedimento comum**

O procedimento comum, por sua vez, subdivide-se em três (art. 394, § 1º): procedimento comum ordinário; procedimento comum sumário; procedimento comum sumaríssimo. Os três são considerados procedimentos comuns, com regras próprias, mas gerais. Vamos analisar cada um deles:

1) O procedimento ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade.

O patamar de pena utilizado nesse artigo é a pena em abstrato, ou seja, a pena prevista pelo legislador. O legislador, ao editar uma lei penal, para cada crime prevê uma pena. Essa pena pode ser de detenção ou reclusão. O legislador não trabalha com os casos concretos dos processos, pois fixa um intervalo de pena, mínimo e máximo, antes do crime ser cometido.

Exemplificando: crime de furto. Art. 155 do CP: subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel. Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Perceba nesse nosso exemplo que a pena máxima prevista em abstrato é de 4 anos. Pergunto, então: qual será o procedimento utilizado para investigar e punir o autor desse crime? Resposta: procedimento comum ordinário, pois a pena máxima em abstrato é igual a 4 anos.

**Atenção:** quando a pena prevista em abstrato no crime for *igual* ou superior a 4 anos, o procedimento adotado será o comum ordinário. Cuidado com os exatos 4 anos.

Dessa forma, o procedimento comum ordinário será a regra geral e, além disso, pode completar os demais procedimentos quando as regras especiais

não forem suficientes para toda a instrução criminal.

O § 5º do art. 394 afirma que se aplicam subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário. Há procedimentos especiais, por exemplo, na lei de drogas, que trata apenas da primeira fase da instrução, deixando em aberto as demais regras de apuração penal; dessa forma, para completar as etapas processuais faltantes dos procedimentos especiais, o CPP manda aplicar o procedimento comum ordinário.

2) Procedimento sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade.

O procedimento sumário, que serve para investigar e apurar a culpa pela prática de infrações penais com pena inferior a 4 anos, tende a ser mais simples, mais célere e menos burocrático.

**Atenção:** como não há no Código Penal e em leis penais penas quebradas em meses (pelo menos não em abstrato), o procedimento sumário só serve para apurar infrações penais cuja pena máxima seja igual a 3 anos.

3) Procedimento sumaríssimo: para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da Lei n. 9.099/95.

De acordo com o art. 61 da Lei n. 9.099/95, considera-se infração penal de menor potencial ofensivo todas as contravenções penais, bem como os crimes cuja pena máxima prevista em abstrato não ultrapasse 2 anos, ou seja, a pena máxima prevista no Código Penal ou em lei especial deve ser *menor* ou *igual* a 2 anos para os crimes e qualquer pena para as contravenções.

Assim, qualquer crime cuja pena máxima prevista em abstrato seja até 2 anos será investigado e processado utilizando o rito comum sumaríssimo, previsto integralmente na Lei n. 9.099/95.

**Atenção:** há uma exceção. A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) prevê em seu art. 41 a impossibilidade de utilização da Lei n. 9.099/95 para os crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Exemplificando: o marido, no âmbito residencial, causa lesão corporal leve contra sua esposa, após agredi-la.

### 1.1.1 Procedimento comum ordinário

Antes do início da ação penal, com o recebimento da denúncia, temos a

fase de investigação criminal. Ela ocorre na chamada fase policial e é presidida pela autoridade policial (em regra, o delegado de polícia).

A depender do delito, instaura-se o inquérito policial para os delitos que seguem os procedimentos ordinário e sumário, e lavra-se um termo circunstanciado para as infrações de menor potencial ofensivo, apuradas via procedimento sumaríssimo.

Como estamos tratando do procedimento ordinário, todos os comentários têm como premissa inicial uma infração penal cuja pena máxima em abstrato é igual ou superior a 4 anos e que não siga nenhum procedimento especial.

O procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Penal, cuida apenas da parte processual. Os aspectos envolvendo a investigação policial foram estudados no volume da Coleção que cuida do inquérito policial.

Encerrado o inquérito policial, o delegado elabora um relatório. Compete à autoridade policial elaborar minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviar autos ao juiz competente. Nesse relatório, poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

Importante ressaltar que o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. Ele será apensado ao futuro processo-crime, para servir de base para argumentos tanto da acusação quanto da defesa.

**Atenção:** o juiz não poderá sentenciar com base exclusivamente nos elementos de prova colhidos no inquérito policial, sob pena de nulidade de sua decisão. Isso porque todo o material colhido na fase policial não respeitou o contraditório e a ampla defesa, por ser o inquérito policial inquisitivo.

### ***Da atuação inicial do Ministério Público***

O juiz, ao receber o inquérito, abre vista para o Ministério Público. O representante do *Parquet* (nome de origem francesa para Ministério Público) tem três possibilidades nesse momento:

- a) pede o arquivamento do inquérito policial;
- b) pede novas diligências para a polícia;
- c) oferece a denúncia, que é a peça inicial acusatória para as ações penais públicas.

Vamos analisar cada uma delas:

- a) Ao pedir o arquivamento do inquérito policial, o representante do Ministério Público está afirmando não existirem elementos probatórios suficientes para denunciar, ou seja, faltam indícios de autoria e/ou prova da materialidade.

Assim como a autoridade policial, que não poderá mandar arquivar autos de inquérito policial (art. 17, CPP), o promotor não manda arquivar. O representante do MP pede o arquivamento para o juiz. Quem determina o arquivamento é o juiz de direito.

E se o promotor pede o arquivamento e o juiz não concorda? O que acontece?

Nesse caso, temos que fazer uma breve explicação.

Se o representante do Ministério Público, ao invés de denunciar, requerer o arquivamento do inquérito policial e o juiz discordar por considerar improcedentes as razões invocadas, os autos serão enviados para o Procurador-geral, chefe do Ministério Público. Ele oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, e o juiz, nessa hipótese, está obrigado a cumprir o que determinou o chefe do MP (art. 28, CPP).

Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia (art. 18, CPP).

Em outras palavras, o ato do arquivamento não impede futura ação penal pelo mesmo fato. Se novas provas forem descobertas, fortes o suficiente para embasar a denúncia ou queixa, a inicial acusatória poderá ser oferecida e, caso recebida pelo juiz, a ação penal pelo mesmo fato criminoso terá início.

- b) Quanto à requisição ministerial (ou seja, do Ministério Público) sobre novas diligências a serem feitas na fase policial, importante apresentarmos algumas regras.

Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a própria autoridade policial poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para posteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

Caso a autoridade policial entenda que o inquérito policial está completo, elabora o relatório e encaminha o inquérito para o Poder Judiciário. O juiz abre vista para o MP. O representante do MP pode discordar da opinião da autoridade

policial e entender necessária nova diligência instrutória, antes de formar sua opinião para denunciar.

Mas o Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. Ou seja, somente diligências indispensáveis ao oferecimento da denúncia podem ser requisitadas pelo promotor.

A lei garante ao promotor fazê-lo. Se o Ministério Público julgar necessários mais esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los (art. 47, CPP).

Exemplificando, pode pedir a oitiva de uma pessoa que não foi formalmente ouvida pelo delegado, mas que presenciou os fatos. Após o material testemunhal colhido, ou seja, cumprida a diligência solicitada, os autos do inquérito retornam para o Ministério Público decidir se pede o arquivamento ou se oferece a denúncia.

**Importante:** presentes prova da materialidade e indícios de autoria, o representante do Ministério Público é obrigado a oferecer a denúncia. Nessa fase, vige para o MP o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

c) A última opção do Ministério Público, ao receber o inquérito policial, é oferecer a denúncia.

Não sendo caso de arquivamento, nem de requerer novas diligências, compete ao órgão do Ministério Público denunciar.

O art. 41 do Código de Processo Penal diz: “A denúncia ou queixa conterá 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”.

A denúncia é um ato formal, revestido de cuidados importantes e que pode acarretar o início do processo-crime contra uma pessoa. Por isso, só poderá ser oferecida se contiver, no mínimo, prova cabal da materialidade, ou seja, de que o crime efetivamente aconteceu, e indícios suficientes de que o agente foi o responsável pela prática do crime.

Sem os requisitos formais e materiais mínimos, a peça inicial acusatória – que pode ser a denúncia de um promotor ou a queixa do ofendido nos crimes de ação penal privada – não será recebida.

Caso o promotor ofereça denúncia sem esse lastro mínimo de material

probatório, corre o risco de ter sua denúncia rejeitada pelo juiz (art. 395, CPP).

Quais são as hipóteses em que um juiz pode rejeitar a denúncia oferecida pelo promotor de justiça?

A resposta está no art. 395 do Código de Processo Penal: a denúncia ou queixa será rejeitada pelo magistrado quando for manifestamente inepta, quando faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou ainda quando faltar justa causa para o exercício da ação penal.

A inépcia da inicial, as condições da ação penal e os seus pressupostos processuais são a legitimidade de parte, o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido, o cumprimento dos prazos legais e das formas previstas em lei.

Exemplificando, o Ministério Público oferece a denúncia, mas é caso de queixa-crime. Com isso, torna-se parte ilegítima da ação penal.

A hipótese mais comum é a falta de justa causa para a ação penal. Muito comum nas hipóteses de aplicação do princípio da insignificância. Exemplo: o agente furta uma agulha de um hipermercado. O fato seria típico (furto) se não fosse insignificante o valor do bem subtraído, o que acaba por eliminar a adequação típica da conduta com a previsão legal (art. 155, CP). Sobre o princípio da insignificância e sua aplicação, conferir o volume da Coleção que trata de Direito Penal, Parte Geral I.

No JECRIM, todo o procedimento é diferente.

Há uma fase preliminar em que o Ministério Público oferecerá uma proposta de transação penal antes de denunciar o agente. Aceita a proposta pelo acusado e homologada pelo magistrado, será extinta a punibilidade após o cumprimento da pena restritiva acordada. Se o agente não aceitar a proposta ou não for caso de transação, somente aí será oferecida a denúncia pelo MP.

No procedimento sumaríssimo, as regras que valem são as da Lei n. 9.099/95. Sobre o procedimento nos Juizados Especiais Criminais, conferir o volume da Coleção que trata do JECRIM.

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, por escrito, no prazo de 10 dias.

O juiz, ao receber a denúncia ou queixa, deve citar o réu para responder por escrito, em 10 dias, às acusações que contra ele constam da denúncia ou queixa.

A chamada defesa preliminar é tão relevante e imprescindível que o juiz nomeará defensor para fazê-lo se o réu não comparecer para apresentá-la. Nesses termos, o § 2º do art. 396 reza: “não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”.

Há regras específicas a serem observadas, dependendo da modalidade de citação utilizada para chamar o réu ao processo e lhe dar ciência do teor da acusação que contra ele pende:

- a) *Citação pessoal* – o réu, ao ser pessoalmente citado, já tem correndo o prazo de 10 dias para apresentar sua defesa.
- b) *Citação por hora certa* – o prazo de 10 dias começa a correr do exato momento em que o servidor atesta a citação na modalidade hora certa. O escrivão, por fim, enviará ao réu carta ou telegrama dando-lhe de tudo ciência, valendo-se do procedimento do Código de Processo Civil, previsto nos arts. 227 a 229 do CPC.
- c) *Citação por edital* – o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

**Atenção:** se o réu, citado por edital, não comparecer nem constituir defensor, temos a aplicação de uma regra especial. O juiz suspende o processo e a prescrição, com base no art. 366 do Código de Processo Penal.

Citado o réu, ele apresenta sua defesa escrita.

### ***Da defesa preliminar ou resposta do réu***

No que consiste essa defesa escrita?

Na chamada resposta do réu ou defesa preliminar, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Ao contrário da antiga, revogada e facultativa defesa prévia, na qual simplesmente se afirmava que as provas seriam produzidas em momento oportuno e era apresentado o rol de testemunhas, a nova defesa preliminar do art. 396-A é mais complexa e, o mais importante, obrigatória.

Ela tem como objetivo conseguir a absolvição sumária do art. 397, que será apresentada em seguida, e que pode encerrar o processo antes mesmo da

audiência de instrução e julgamento, do art. 400 do Código de Processo Penal.

O novo art. 396-A do CPP tem a seguinte redação:

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

O juiz, como vimos acima, ao receber a denúncia ou queixa (art. 396, CPP), deve citar o acusado, não mais para ser interrogado como antes, mas sim para apresentar a defesa preliminar por escrito em 10 dias.

Tendo como prazo válido 10 dias, o acusado terá que constituir defensor ou, não possuindo condições, será defendido pelo Estado de forma gratuita, sendo-lhe nomeado um defensor público ou advogado conveniado com a Defensoria Pública.

Constituída ou nomeada, a defesa tem a obrigação de apresentar, no prazo legal, todos os argumentos válidos e lícitos existentes para obter a antecipação da tutela absolutória, denominada de absolvição sumária do rito comum (art. 397, CPP).

Deverá a defesa alegar tudo o que interessar: a) arguir preliminares (como as exceções de incompetência, litispendência e coisa julgada, que continuam sendo processadas em apartado, nos moldes do que já estava previsto anteriormente nos arts. 95 a 112, CPP); b) reforçar uma tese defensiva previamente levantada durante a fase de investigação e que, por não estar bem desenvolvida, acabou não impedindo o recebimento da denúncia pelo magistrado; c) fragilizar o alegado pela acusação na denúncia/queixa já regularmente recebida, derrubando, de forma documental, fatos que levaram o promotor a acreditar na autoria do réu etc.

Este também é o momento de especificar as provas que serão produzidas na chamada audiência de instrução e julgamento do art. 400, inclusive apresentando o rol de testemunhas (8 testemunhas para o rito ordinário e 5 testemunhas para o rito sumário).

A obrigatoriedade desta nova modalidade de defesa do rito comum fica evidente ao lermos o § 2º do art. 396-A:

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado,

não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

**Atenção:** além dos casos especificados no § 2º, quais sejam, não apresentada resposta ou réu sem defensor, existe outra situação que está atingindo boa parte dos causídicos que atuam na área criminal. Diante da apresentação da antiga defesa prévia, frágil, sem embasamento, sem argumentação, sem defesa, alguns magistrados estão considerando réu indefeso e nomeando outro defensor, exclusivamente para o ato. Agem dessa forma, pois a ausência de defesa torna a fase processual nula e corre-se o risco de ser necessário refazer toda a instrução, caso a nulidade seja reconhecida posteriormente pelo Tribunal, em eventual recurso da defesa.

Portanto, importante o advogado/defensor atuar com o mínimo de substância de defesa, seguindo os novos preceitos legais, para evitar possível desgaste processual com o magistrado declarando o réu indefeso e nomeando outro defensor para apresentar a defesa preliminar.

A lei não diz que o juiz *poderá* nomear defensor, como se fosse uma faculdade do magistrado. Não. Trata-se de norma cogente, imperativa, que determina a nomeação, pelo juiz, de defensor para o acusado caso a defesa seja ausente ou frágil.

A obrigatoriedade da defesa preliminar integrou o princípio da ampla defesa e o desrespeito à regra do art. 396-A acarreta a mitigação deste preceito constitucional.

**Importante:** há um lapso na literalidade do § 2º do art. 396-A: “ou se o acusado, citado, não constituir defensor”. Essa regra deve ser válida apenas para os casos em que a citação se deu *pessoalmente*. Pois, se o réu foi citado por *edital*, não compareceu e nem constituiu defensor, aplica-se a regra do art. 366 do CPP: suspende-se o processo e a prescrição até que o réu seja encontrado.

Importante exemplificarmos todos os pedidos que podem e devem ser feitos pela defesa na fase da defesa preliminar, ou resposta do réu:

a) *Excludente de ilicitude* – a conduta do acusado, apesar de ser típica (conduta dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva, com nexo de causalidade e resultado jurídico nos crimes materiais), não é ilícita, pois está amparada por alguma excludente de ilicitude, prevista no art. 23 do Código Penal.

Deve o defensor alegar a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de direito. Presente

alguma causa excludente de ilicitude, é dever da defesa fazer essa alegação na resposta do réu, para buscar a absolvição sumária (art. 397, CPP).

b) *Excludente de culpabilidade* – erro de proibição, coação moral irresistível, obediência hierárquica são hipóteses de excludentes de culpabilidade.

Com base na existência de alguma dessas circunstâncias, o réu poderá pleitear a sua absolvição sumária.

Se o réu for menor de idade, deve fazer prova disso, pois a imputabilidade pela menoridade pode ser provada neste momento e exclui a culpabilidade penal. Reconhecida a menoridade, o processo deve ser encaminhado ao Ministério Público da Infância e da Adolescência para a tomada das medidas cabíveis com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), ou seja, fora do âmbito do Direito Penal.

c) *Excludente de tipicidade* – lembre-se que o delito é um fato típico, antijurídico e culpável. Preenchidos os três elementos, surge para o Estado a punibilidade, ou seja, o dever de punir. A ilicitude e a culpabilidade já foram explicadas anteriormente. Resta agora falarmos da tipicidade.

O fato será típico se o agente praticar uma conduta comissiva (ação) ou omissiva (omissão), previamente prevista em lei, dolosa ou culposa (a culpa precisa estar prevista expressamente na lei), atingindo o bem jurídico-penal tutelado no artigo da lei penal de forma significativa.

O resultado jurídico decorrente da conduta do agente somente será importante para o direito penal se, e somente se, o bem jurídico-penal for atingido de forma relevante (princípio da ofensividade). Faltando qualquer desses elementos, o fato será atípico e, assim, com base no inciso III do novo art. 397, o réu deverá ser absolvido sumariamente.

d) *Excludente de punibilidade* – as causas extintivas da punibilidade estão previstas no art. 107 do Código Penal. Por não integrarem o conceito analítico de delito (infração penal é um fato típico, ilícito e culpável), seu reconhecimento não acarreta na atipicidade do fato, não exclui o crime. Entretanto, extingue-se o direito de punir do Estado. O crime existiu, mas o Estado não tem mais o direito de punir o réu, pelo reconhecimento de alguma causa excludente da punibilidade.

Por exemplo, a prescrição. O transcurso do lapso prescricional expõe um desinteresse do Estado em efetivamente procurar, punir ou executar a pena do agente responsável pela prática da infração penal.

e) *Causas supralegais de exclusão de ilicitude*, como a adequação social; e *de culpabilidade*, como a inexigibilidade de conduta diversa.

A adequação social é uma Teoria desenvolvida pelo jurista Hans Welzel e significa, de forma muito simples, a concordância da sociedade com aquela conduta. Não há reprovação social do fato praticado pela coletividade, contrariando a previsão da lei. Exemplo: jogo do bicho. Há bancas do jogo do bicho perto de delegacias, fóruns, e não se tomam providências para prender em flagrante os contraventores, por força de uma aceitação social dessa conduta, o que a torna atípica. Há opinião doutrinária em sentido contrário.

A inexigibilidade de conduta diversa não está prevista na lei, mas existe, por isso afirmamos ser uma causa supralegal. Como exemplo, podemos citar uma mãe que, sensibilizada pelo seu filho que está preso, tenta levar um pouco de droga para o interior do presídio, para aliviar o sofrimento dele. O juiz deve perguntar: poderíamos exigir dessa mãe uma conduta diferente, naquelas condições? Se a resposta for negativa, ela será absolvida por força dessa causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

### ***Da absolvição sumária no rito comum***

Em seguida à apresentação da defesa preliminar, os autos vão conclusos para o juiz decidir se absolve sumariamente o acusado ou não.

O Código de Processo Penal traz quais são as hipóteses autorizadas pela lei para o juiz absolver sumariamente o acusado, nos seguintes termos: art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – extinta a punibilidade do agente.

Estudamos no art. 396-A, ao tratarmos das alegações possíveis na resposta do réu, ponto por ponto a ser reconhecido pelo juiz para absolver sumariamente o acusado.

A existência *manifesta* de causa excludente da ilicitude do fato: importante frisar a utilização do adjetivo “manifesta”, pela lei. Não basta a simples alegação da defesa sobre eventual causa excludente de ilicitude; é imperioso existirem fortes evidências de que o réu agiu acobertado pela legítima

defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de direito.

Seguindo a mesma linha do inciso primeiro, a excludente de culpabilidade, para conseguir absolver sumariamente o acusado, também deve ser manifesta.

Se o fato não constitui crime, a denúncia não deveria nem mesmo ter sido oferecida pelo promotor ou ter sido recebida pelo juiz. Mas, foi oferecida e foi recebida. De qualquer forma, se o defensor conseguir provar que o fato evidentemente não constitui crime, deve alegar nesse momento para conseguir a absolvição sumária.

O juiz, ao extinguir a punibilidade do agente, também deve absolvê-lo sumariamente na fase do art. 397 do Código de Processo Penal.

As principais hipóteses de extinção da punibilidade estão no art. 107 do Código Penal: I – pela morte do agente; II – pela anistia, graça ou indulto; III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou preempção; V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei. Os incisos VII e VIII estão revogados.

Apresentada a defesa e não sendo o réu sumariamente absolvido, 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.

O juiz deve observar a sua pauta de audiências já marcadas e marcar a próxima na sequência. A quantidade de audiências marcadas por dia irá depender da capacidade do magistrado de realizar audiências e de sua experiência prática.

O réu, por já ter sido citado na fase do art. 396, para apresentar sua resposta, já tem ciência da acusação que contra ele existe. Nessa etapa em que o juiz marca a data da audiência, ele será intimado a comparecer, e não citado.

**Atenção:** o Ministério Público e a Defensoria Pública serão intimados *pessoalmente*. O advogado constituído, o querelante e o assistente de acusação, quando houver, serão intimados por meio de publicação no *Diário Oficial*.

Se o réu estiver preso preventivamente, ele será *requisitado* para comparecer à audiência, devendo o poder público providenciar sua apresentação. O § 1º do art. 399 diz que ele será intimado para ser interrogado,

mas na verdade, como a audiência é una e ele tem direito a estar presente durante a oitiva das testemunhas para contrapor seus argumentos, ele será intimado ou requisitado para acompanhar toda a audiência, e não apenas o último ato, que é o interrogatório.

### ***Da identidade física do juiz***

Regra importante do procedimento é a identidade física do juiz no direito processual penal. O § 2º do art. 399 trouxe ao processo penal o *princípio* da identidade física do juiz.

O magistrado que presidiu e acompanhou a instrução deverá proferir a sentença. Trata-se de regra que busca vincular o julgador que acompanhou a produção de provas no âmbito judicial à decisão de mérito da causa.

O acusado da prática de um crime tem o direito de ser julgado pelo magistrado mais preparado para fazê-lo. E esta figura judicial tem que ser o responsável pela condução da instrução, já que presenciou todas as nuances probatórias sendo construídas na audiência de instrução e julgamento e é a pessoa processualmente mais habilitada para proferir a decisão.

Além da questão prática, a legislação impõe a identidade física do juiz. Mas a regra possui exceções.

As hipóteses em que a identidade do juiz não é obrigatória devem ser buscadas, de forma supletiva e por analogia, no Código de Processo Civil (art. 3º, CPP).

Reza o art. 132 do Código de Processo Civil:

Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, *salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.*

### ***Da audiência de instrução e julgamento***

O art. 400 trata da audiência de instrução e julgamento.

A audiência, no rito comum ordinário, deve ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados da data do recebimento da denúncia.

Na prática, por força do excesso de trabalho e demandas nas Varas

Criminais do País, é muito difícil verificar o cumprimento à risca desses prazos.

Na audiência de instrução e julgamento (art. 400, CPP), 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.

Podemos sistematizar a audiência na concentração dos seguintes atos:

- 1) oitiva do ofendido;
- 2) inquirição das testemunhas de acusação: até 8 no rito ordinário;
- 3) inquirição das testemunhas de defesa: até 8 no rito ordinário;
- 4) esclarecimentos dos peritos, que dependerão de prévio requerimento das partes;
- 5) acareações entre os testemunhos contraditórios;
- 6) reconhecimento de pessoas;
- 7) reconhecimento de coisas;
- 8) interrogatório do réu, que foi deslocado para o final dos atos de instrução;
- 9) diligências decorrentes da instrução;
- 10) alegações finais orais: 20 minutos para a acusação e 20 minutos para a defesa, prorrogáveis, para ambas, por mais 10;
- 11) havendo assistente de acusação, este falará por 10 minutos depois do representante do MP, acrescendo-se igual tempo para a defesa;
- 12) o magistrado deve proferir a sentença antes de encerrar os trabalhos e assinar a ata.

É possível identificar como premissa geral da audiência do art. 400 do Código de Processo Penal a busca pela produção de todas as provas na audiência concentrada, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

Caso as partes queiram ouvir os peritos na audiência, deve haver prévio requerimento ao juiz para providenciar a sua intimação. Sem essa intimação prévia, não poderão as partes alegar prejuízo à acusação ou à defesa posteriormente.

A ideia de centralizar todos os atos instrutórios em uma única audiência é muito boa. Se tal desiderato for atingido, o processo torna-se mais célere e seu

prazo mais razoável, respeitando o ditame constitucional da duração razoável do processo. Todo o material probatório será realizado no mesmo dia, facilitando para o julgador e para as partes o contato com tudo o que foi levado ao processo contra o acusado e avaliar a melhor tese de defesa e de acusação para o momento do interrogatório e para a apresentação das alegações orais ou memoriais.

Há algumas dificuldades práticas que iremos apresentar, para que todos saibam que existe grande abismo entre o ideal previsto na lei e a realidade forense.

É muito difícil conseguir levar todas as testemunhas arroladas ao Fórum na data marcada. Cada uma delas possui dificuldades próprias, por compromissos anteriores, viagens marcadas, dispensa dos respectivos serviços, dificuldades de deslocamento, enchentes, greves no transporte público, problemas mecânicos em automóveis etc. Os fatores que podem acarretar na ausência de uma testemunha são muito numerosos.

Há previsão legal que permite às partes desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas. Caso alguma delas falte, o juiz irá questionar às partes se insistem na oitiva da testemunha ausente.

Além da dificuldade da localização, intimação e deslocamento de todas as testemunhas, acrescente-se a oitiva do ofendido, com perguntas feitas pelas partes e pelo juiz.

Aberta a audiência de instrução e julgamento, em primeiro lugar ouve-se o ofendido.

O ofendido pode ficar com receio de reconhecer seu agressor na audiência, de confirmar os fatos diante do acusado, pode não lembrar com exatidão dos fatos narrados na polícia e posteriormente na denúncia oferecida pelo representante do Ministério Público etc. Múltiplos fatores podem enfraquecer seu julgamento e isso acaba sendo explorado pela defesa.

Depois teremos a inquirição de até 16 testemunhas (8 de acusação e 8 de defesa), com perguntas e reperguntas, indeferimentos, consignações em ata etc.

Se houver perícia, teremos questionamentos das partes, de seus assistentes técnicos e do juiz. Lembrando que o perito só será ouvido pessoalmente em audiência se a sua intimação for previamente solicitada pelas partes.

Para os testemunhos contraditórios, teremos as acareações, que

normalmente não são rápidas. Acarear é o ato de confrontar depoimentos díspares de pessoas diversas. Não é compatível com a verdade a existência de dois depoimentos antagônicos, ou seja, alguém não está sendo fiel aos fatos, ou teve diferente percepção ou menor certeza ao aferir os fatos narrados na denúncia com seus sentidos.

A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes (art. 229). Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

Após a acareação, temos o reconhecimento de pessoas e coisas.

O ato formal do reconhecimento é solene, ou seja, segue um padrão predeterminado na lei processual penal, sob pena de invalidar o ato de reconhecer a pessoa ou objeto investigado.

Como deve ser feito o reconhecimento?

Proceder-se-á pela seguinte forma, conforme os incisos do art. 226 do CPP:

- I – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
- II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
- III – se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
- IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

**Importante:** se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

Após todo esse acervo probatório, ou seja, o ato de materializar no processo, sob o manto do contraditório e da ampla defesa toda e qualquer

evidência que exista contra ou a favor do acusado, chega o ato do interrogatório do réu.

Se o réu estiver preso, deverá estar à disposição do juízo no dia e hora marcados. Com isso, temos o problema prático da falta de viaturas e de pessoal para a escolta do preso até o Fórum.

**Observação:** atenção para o interrogatório e sua modalidade a ser realizada por videoconferência (Lei n. 11.900/2009, que alterou o Código de Processo Penal). Remetemos o leitor para o volume 11 da Coleção Saberes do Direito que trata das provas no processo penal.

O réu possui o direito constitucional de permanecer em silêncio, sem que isso seja interpretado de forma contrária a ele, regra repetida no art. 186 do Código de Processo Penal.

Após as perguntas do juiz e das partes para o réu, chega o momento das alegações finais orais. A regra consiste nas partes manifestarem-se oralmente por 20 minutos cada, primeiro a acusação e depois a defesa.

O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 dias sucessivamente para a apresentação de memoriais escritos. Nesse caso, o juiz terá o prazo de 10 dias para proferir a sentença.

Assim, se a causa for muito complexa ou se o processo contiver um número elevado de acusados, capaz de comprometer a qualidade e celeridade dos trabalhos, as alegações poderão ser feitas por escrito. São os chamados memoriais.

Se as alegações foram feitas oralmente, o juiz pode proferir sua decisão na própria audiência; se as partes apresentarem memoriais, o juiz recebe os autos em conclusão e terá 10 dias para sentenciar.

No primeiro caso, as partes saem intimadas na própria audiência, com o prazo recursal aberto. No segundo, o prazo recursal só será iniciado com a publicação da decisão penal no órgão de publicação oficial.

O juiz deverá estar atento na hora de marcar a sua pauta de audiências, pois será complexo, diante de tantas oitivas, implementar mais de uma audiência por dia.

A consequência jurídica da dificuldade de marcar várias audiências por dia será o excesso do prazo de 60 dias marcado pela lei para encerrar a instrução. Com isso, a defesa irá alegar excesso de prazo para os réus presos. Em

tese, cabe a soltura de todos os presos provisórios por excesso de prazo.

A lei conferiu direito líquido e certo da realização da audiência no máximo em 60 dias para o rito comum ordinário. No rito comum sumário este prazo é reduzido para 30 dias e no rito especial do Júri ele sobe para 90 dias.

Há algumas hipóteses em que a audiência não acontece de forma plena, ou seja, ela é encerrada sem que todos os atos previstos na lei sejam feitos:

- a) Testemunhas de acusação faltantes – não é possível ouvir testemunhas de defesa antes das testemunhas de acusação, por caracterizar inversão tumultuária do processo e eventual nulidade a ser posteriormente reconhecida.
- b) Se a causa for complexa ou se o número de acusados impossibilitar o desfecho da audiência na mesma data.
- c) Se for ordenada diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais. Nesse caso, realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de 5 dias, suas alegações finais, por memorial, e, no prazo de 10 dias, o juiz proferirá a sentença.

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

Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

A tecnologia, quando houver, deve ser utilizada para gravar em áudio e vídeo a íntegra da audiência. Em caso de meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.

Independente dos recursos tecnológicos existentes em diferentes regiões do País, as regras do procedimento comum ordinário estão expressas no Código de Processo Penal, foram aqui abordadas integralmente e são de observância cogente por parte de todos os profissionais envolvidos no trâmite da ação penal.

### *1.1.2 Procedimento comum sumário*

O Capítulo V, apesar de figurar no Título II, que cuida dos chamados processos especiais, trata do procedimento sumário.

Como já adiantado no esquema dos procedimentos, o procedimento sumário é comum, disposto expressamente no art. 394 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

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;

III – sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

Portanto, para os crimes cuja pena máxima cominada seja inferior a 4 anos (o que lhe atribui o rito comum ordinário) e pena superior a 2 anos (pena igual ou menor a 2 anos lhe atribui o procedimento sumaríssimo), aplica-se o procedimento comum sumário, que será analisado em seguida.

### ***Regras especiais***

De forma subsidiária, no que não houver previsão expressa, aplica-se o procedimento comum ordinário.

Portanto, iremos analisar apenas as regras que atribuem ao rito sumário caráter especial, regras próprias, diferentes.

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.

A primeira grande diferença que notamos é o prazo para encerramento da instrução. No rito ordinário, o prazo é de 60 (sessenta) dias. Aqui, no procedimento sumário, a lei fala em 30 (trinta) dias.

Há certa coerência do legislador nessa questão, pois se o procedimento do rito comum sumário é mais simples, por apurar infrações penais menos graves, presume-se que possa ter sua instrução encerrada em menos tempo.

Outra importante diferença é o número de testemunhas que poderão ser arroladas pelas partes. O art. 532 afirma que, na instrução, poderão ser inquiridas até 5 (cinco) testemunhas arroladas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa. No rito ordinário, eram 8 (oito) testemunhas para cada parte; no sumário, são 5 (cinco).

Aqui também as partes terão as alegações finais orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

Ao assistente de acusação, assim como acontece no rito comum ordinário, após a manifestação do promotor, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

Uma diferença importante: não há previsão legal de apresentação de memoriais. A lei não fala em complexidade da causa ou número de acusados como justificativa para a apresentação da defesa por escrito. Nem poderia, diante do exíguo prazo de 30 (trinta) dias para o término na instrução. A previsão aqui diz apenas que, havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

Norma cogente afirma que nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer (art. 535, CPP).

As disposições do rito sumário encerram com a previsão de sua competência para processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o Juizado Especial Criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento.

Trata-se da regra prevista no parágrafo único do art. 66 da Lei n. 9.099/95, que reza:

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

Para facilitar a visualização das diferenças entre o procedimento ordinário e o sumário, segue a tabela:

PROCEDIMENTO	COMUM ORDINÁRIO
Aplicação	<i>Pena em abstrato igual ou superior a 4 anos</i>
Prazo de encerramento da instrução	<i>60 dias</i>
Número de testemunhas	<i>8 para cada parte (acusação e defesa)</i>

### 1.1.3 Procedimento comum sumaríssimo – JECRIM

O procedimento comum sumaríssimo, considerado procedimento especial antes das alterações da Lei n. 11.719/2008, é regido pela Lei n. 9.099/95.

Remetemos o leitor para o volume 49 da Coleção Saberes do Direito que trata especificamente do procedimento sumaríssimo, para o estudo de todas as suas peculiaridades.

Nesse item, trataremos apenas das regras principais do tema.

Os Juizados Especiais Criminais são regidos pelos princípios da reparação dos danos sofridos pela vítima e da aplicação de pena não privativa de liberdade.

O JECRIM está previsto nos arts. 60 a 92.

Sua competência está prevista tanto na Lei n. 9.099/95, nos arts. 60 e 61, quanto no Código de Processo Penal, no art. 394. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, todas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa.

Podemos exemplificar, como infrações da competência do JECRIM, os delitos de lesão corporal (art. 129, *caput*); abandono de recém-nascido (art. 134); rixa (art. 137); calúnia (art. 138); ameaça (art. 147); violação de domicílio (art. 150); violação de direito autoral (art. 184); ato obsceno (art. 233); entre outros que possuam pena máxima em abstrato até 2 anos.

O procedimento é totalmente diferente dos demais ritos ordinário e sumário.

O agente preso em flagrante é conduzido até o distrito policial. Chegando ao DP, a autoridade policial, ao constatar que se trata de infração penal de menor potencial ofensivo (com pena máxima em abstrato até 2 anos), não instaura inquérito policial, nem lavra o auto de prisão em flagrante.

É feito um procedimento mais simples denominado termo circunstanciado, que consiste em um documento simples, com a colheita das alegações do ofendido e do suspeito que, em seguida, será liberado.

O termo circunstanciado é encaminhado imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

**Atenção:** ao autor do fato que for imediatamente encaminhado ao JECRIM ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

Em seguida, as partes são intimadas para comparecer à audiência preliminar.

Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

A composição civil dos danos só será feita em delitos com repercussão patrimonial.

A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74 e parágrafo único).

A proposta imediata de pena não privativa de liberdade é denominada de transação penal. Nela, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa (art. 76).

Não aceita ou não homologada a proposta, o promotor oferece a denúncia oralmente e o juiz cita o acusado para outra audiência.

Aberta a segunda audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

## **1.2 Procedimentos especiais**

Há procedimentos especiais previstos no próprio Código de Processo

Penal e outros previstos em leis especiais.

Em primeiro lugar, serão apresentados os procedimentos especiais previstos no Código de Processo Penal.

Em seguida, os procedimentos especiais previstos fora do Código de Processo Penal, em leis especiais.

#### **I – Procedimentos especiais previstos no Código de Processo Penal:**

1. Rito especial do Tribunal do Júri
2. Rito especial do processo e do julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos
3. Rito especial do processo e do julgamento dos crimes de calúnia e injúria, de competência do juiz singular
4. Rito especial do processo e do julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial
5. Do processo de restauração de autos extraviados ou destruídos

#### **II – Procedimentos especiais previstos fora do Código de Processo Penal:**

1. Idoso
2. Drogas
3. Falência
4. Violência doméstica e familiar contra a mulher

### **I – Procedimentos especiais previstos no Código de Processo Penal**

#### **1. Procedimento especial do tribunal do júri**

Previsto nos arts. 406 a 497, serão abordados no volume 13 da Coleção Saberes do Direito que irá tratar exclusivamente do tema. Trataremos apenas das linhas gerais do rito especial do Tribunal do Júri nesse item. Remete-se o leitor para o volume específico da Coleção, completo e atualizado.

Todo o procedimento especial do Júri foi modificado pela Lei n. 11.689/2008.

A Lei n. 11.689/2008 modificou a redação de *todos* os artigos relacionados ao Tribunal do Júri. Desde o art. 406 até o art. 497, criou-se um rito integral, o que auxilia o aplicador do direito a vislumbrar as alterações de forma

completa, fechada.

Apesar de toda a alteração no rito especial do Júri, algumas regras foram mantidas, como a subdivisão em duas fases: a *judicium accusationis* e a *judicium causae*.

Sobre o procedimento bifásico, já existe desde 1941, quando da lavratura e aprovação do Código de Processo Penal. Até a nomenclatura das duas fases foi mantida após a Lei n. 11.689/2008 modificar todos os artigos do Júri no Código de Processo Penal.

Algumas mudanças foram significativas, como o fim do libelo e da contrariedade ao libelo, a idade mínima para ser jurado, a redução e simplificação do número de quesitos, o fim do protesto por novo júri etc.

### **A) Primeira fase – juízo da acusação**

Na primeira fase, chamada de juízo de acusação, as provas são produzidas sob o crivo do contraditório e servirão como suporte para a decisão final desta fase, em que o magistrado poderá desclassificar; absolver sumariamente; impronunciar ou pronunciar o réu.

O rito do Júri, assim como o rito comum, também busca a concentração dos atos instrutórios do processo em audiência una, na primeira fase, para buscar a celeridade de seu encerramento.

Todo o rito foi modificado pelo legislador como uma resposta popular à necessidade de justiça rápida.

O interrogatório do réu deixa de ser o primeiro ato de prova. Foi levado para o final dos atos de instrução.

Ao receber a denúncia, o juiz ordena a citação do réu para apresentar uma resposta prévia aos termos da acusação, por escrito, no prazo de 10 dias.

Esse prazo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.

Se a defesa preliminar não for apresentada no prazo legal, a lei obriga o magistrado a nomear um defensor para, como mandatário dos interesses do acusado, apresentá-la no prazo máximo de 10 dias.

Nessa resposta, o acusado deverá arguir tudo o que puder contribuir para a sua defesa, desde preliminares, juntada de documentos, especificação das

provas pretendidas, até arrolar suas testemunhas já as qualificando e requerendo sua intimação.

Tanto a acusação quanto a defesa podem arrolar até 8 testemunhas nesta primeira fase do rito do júri.

Encerrada a fase da apresentação da defesa preliminar, cabe ao juiz ouvir, em 5 dias, o representante do Ministério Público, se a ação penal for pública, ou o querelante, se a ação penal for privada, sobre questões preliminares e provas documentais.

Adaptando o novo rito especial para apuração de crimes previstos na Lei de Drogas, ou no caso da defesa prévia dos funcionários públicos, é dada a oportunidade para a parte se defender das acusações apresentadas na denúncia ou queixa.

O art. 409 traz o momento correto para a acusação rebater ou fortalecer as provas que tiver apresentado ou mencionado na denúncia, contradizendo a resposta prévia do acusado ou, convencendo-se dos argumentos apresentados pela defesa, pedir ao juiz a absolvição sumária do acusado que acabou de denunciar.

Por este motivo, espera-se do representante do *Parquet* atenção redobrada ao denunciar o acusado, pois terá que confrontar, o que não fazia antes, os argumentos da defesa e até a juntada de provas documentais.

A defesa preliminar poderá ser constituída de depoimentos de testemunhas. Poderá, também, estar amparada pela realização de diligências capazes de, no prazo máximo de 10 dias, provar o alegado pelo réu em seus argumentos defensivos, antes da audiência de instrução e julgamento (art. 410, CPP).

Em seguida, teremos a audiência una, concentrada, presidida pelo juiz de Direito.

**Atenção:** os 7 jurados só participam do julgamento na segunda fase do rito do Júri. Nessa primeira fase, temos apenas o juiz de Direito decidindo.

O Código de Processo Penal afirma que a instrução dessa primeira fase do rito do Júri deve ser encerrada em 90 dias.

A primeira fase do rito do Júri encerra com o juiz tomando uma de 4 possíveis decisões.

Após a instrução, os autos são conclusos para o juiz (desde que não tenha

optado por proferir seu julgamento no dia da audiência) que proferirá uma de 4 possíveis decisões:

- 1) pronuncia o réu;
- 2) impronuncia o réu;
- 3) absolve sumariamente o acusado;
- 4) desclassifica a infração penal.

1) *Pronúncia* – O réu será pronunciado pelo juiz, que deve “limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena”.

Sem a materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria, o réu não pode ser pronunciado, e nem denunciado poderia ter sido.

Mantidos os elementos da denúncia ou queixa e não tendo sido fortes o suficiente os argumentos apresentados na defesa preliminar, nem as provas produzidas da audiência, o juiz pronunciará o réu, encerrando a primeira fase do *judicium accusationis*.

Continua a valer a preocupação com o não ingresso do juiz no mérito da causa, sob pena de influenciar negativamente os jurados em suas opiniões, palavras e votos. Na segunda fase, os jurados terão acesso à decisão de pronúncia para fazer consultas.

O juiz deverá referir-se às causas de aumento de pena. A acusação estará vinculada, em Plenário (ou seja, na segunda fase), aos limites traçados pela decisão de pronúncia, ou por acórdão decorrente de eventual julgamento do recurso.

Desaparece a prisão obrigatória decorrente da sentença de pronúncia. A liberdade continua sendo a regra geral e só poderá ser quebrada com base nos requisitos da prisão preventiva (art. 312, CPP) e no critério da necessidade e adequação da custódia. Sobre a revogação de algumas modalidades de prisão, conferir a Parte II, do presente livro.

2) *Impronúncia* – O juiz, se não ficar convencido a respeito da materialidade do fato ou (partícula alternativa) da existência de indícios suficientes para pronunciar o réu, deverá impronunciá-lo.

Isso não significa que o réu foi absolvido. Isso também não significa que

ele irá ser submetido ao crivo do Conselho de Sentença. Então, o que significa, para o acusado, ser impronunciado?

Imaginem o cliente perguntando para o advogado: “e aí, doutor? Sou inocente ou culpado?” O advogado, sabendo da impronúncia de seu cliente, responde: “nem uma coisa nem outra. Você continua inocente até que se prove o contrário. Mas não se preocupe. Eles não poderão ficar procurando provas para sempre. O poder-dever de punir do Estado tem prazo certo e determinado”.

A impronúncia é vantajosa para o réu, pois não o submete ao Tribunal do Júri. Mas traz a desvantagem da não absolvição e de uma situação de espera que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

O melhor teria sido o legislador ficar entre a absolvição sumária e a pronúncia, respeitando a liberdade e a competência dos jurados. Perdeu grande oportunidade de eliminar essa figura híbrida e incerta do sistema criminal.

A decisão de impronúncia faz apenas coisa julgada formal, pois pode ser revista se novas provas forem descobertas; e impede o julgamento, pelo Conselho de Sentença, das infrações conexas. Os jurados só serão competentes para julgá-las se a desclassificação se der na fase dos quesitos.

3) *Absolvição sumária* – A absolvição sumária sempre foi vista com bons olhos pelos que militam na área criminal. A defesa porque conseguia encerrar as acusações contra seu cliente sem precisar submetê-lo ao Plenário. A acusação porque não precisará desgastar-se para não conseguir um resultado satisfatório na fase subsequente.

A absolvição sumária privilegia os princípios constitucionais da dignidade humana e da duração razoável do processo.

A dignidade humana prevalece, pois, em casos nos quais exista manifesta presença de excludentes de tipicidade, de ilicitude, de culpabilidade ou de punibilidade, o Estado não tem o direito nem o dever de submeter um ser humano às agruras de um processo criminal.

E privilegia a duração razoável do processo, pois, antes da reforma, não havia razoabilidade em se ter que aguardar todo o trâmite processual para, somente no final, após as diligências e alegações finais, no momento da prolação da decisão, absolver o réu, por exemplo, pela atipicidade do fato.

Desta forma, com o novo rito processual, na fase prevista no art. 415, o réu poderá alegar qualquer das excludentes mencionadas e, se bem demonstrada, surge para o juiz a opção de encerrar o processo absolvendo o

acusado de forma sumária, ou seja, antes da produção do acervo probatório na audiência de instrução e julgamento.

Os incisos do art. 415 assim subdividem as excludentes que podem ser alegadas pela defesa:

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimizabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

a) *Excludente de ilicitude* – a conduta do acusado, apesar de ser típica (conduta dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva, com nexo de causalidade objetivo (imputação objetiva) e subjetivo, bem como resultado jurídico nos crimes materiais), não é antijurídica (ou ilícita), pois está amparada por alguma excludente de ilicitude, prevista no art. 23 do Código Penal.

b) *Excludente de culpabilidade* – erro de proibição, coação moral irresistível, obediência hierárquica são hipóteses de excludentes de culpabilidade. Com base na existência de alguma dessas circunstâncias, o réu poderá pleitear a sua absolvição sumária.

Há uma ressalva: salvo nos casos de inimizabilidade. E assim o faz por razões sistemáticas. O réu inimputável será submetido a medida de segurança, a chamada absolvição imprópria. Se a inimizabilidade for decorrente da idade do agente (menoridade), o processo deve ser encaminhado ao Ministério Pública da Infância e da Adolescência para a tomada das medidas cabíveis com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

c) *Excludente de tipicidade* – para entendermos o inciso, urge seja feita uma brevíssima exposição a respeito da teoria do delito.

Defendemos a teoria tripartida do delito nos seguintes termos: delito é um fato típico, antijurídico e culpável. Preenchidos os três elementos, surge para o Estado a punibilidade, ou seja, o dever de punir. A antijuridicidade e a

culpabilidade já foram explicadas nos respectivos incisos. Resta agora falarmos da tipicidade.

O fato será típico se o agente praticar uma conduta previamente prevista em lei comissiva (ação) ou omissiva, dolosa ou culposa (quando prevista taxativamente em lei), criando um risco não permitido em lei e um resultado jurídico decorrente deste risco proibido (imputação objetiva). O resultado jurídico somente será importante para o direito penal se, e somente se, o bem jurídico-penal for atingido de forma relevante (princípio da ofensividade).

Faltando qualquer desses elementos, o fato será atípico e, assim, com base no art. 415, o réu deverá ser absolvido sumariamente.

d) *Excludente de punibilidade* – as causas extintivas da punibilidade estão previstas no art. 107 do Código Penal.

Não nos esqueçamos das chamadas causas supralegais de exclusão de ilicitude, como a adequação social; e de culpabilidade, como a inexigibilidade de conduta diversa. Perfeitamente compatíveis com a decisão que absolve sumariamente o réu.

4) *Desclassificação* – Quando chegamos nesta fase, não podemos esquecer que já tivemos a denúncia capitulando a conduta do agente como dolosa contra a vida; já tivemos o recebimento da denúncia pelo juiz concordando, naquele momento, com a prática de crime doloso contra a vida; depois tivemos a realização da audiência de instrução com a produção de farto acervo probatório, diligências e debates orais.

São justamente as provas produzidas sob o crivo do contraditório que permitiram ao juiz descobrir que não houve crime doloso contra a vida. Se não houve crime doloso contra a vida, o juiz do Júri deixa de ser competente para julgar o caso concreto. Desta forma, deve remeter o processo para que o crime seja apurado pelo juiz que detém competência para tanto.

Esse ato jurisdicional de remeter o processo para o juízo competente, retirando-o da esfera de competência do Tribunal do Júri, chama-se decisão de desclassificação.

É uma decisão exclusiva do juiz. Caso o juiz que receba o processo discorde da opinião do outro juiz que desclassificou a infração dolosa contra a vida, o Tribunal decidirá quem será competente para julgar aquele fato concreto.

### ***Intimação da decisão de pronúncia***

A intimação da decisão de pronúncia será feita da seguinte forma:

Pronunciando o réu, surge a necessidade de tornar pública a decisão. Essa publicidade será efetivada com a intimação da sentença de pronúncia.

O art. 420 do CPP elenca diferentes formas de intimação dessa decisão, variando conforme o sujeito processual.

O réu será pessoalmente intimado. Se ele não for encontrado, resta ao Poder Judiciário citá-lo por edital, nos termos do parágrafo único. Obviamente o réu preso será pessoalmente intimado no local em que se encontre, pois está sob a custódia do Estado. Estando o réu preso, se a intimação se der por edital, ela é absolutamente nula e o ato de intimação deverá ser refeito posteriormente, contaminando todos os atos processuais subsequentes.

O defensor público nomeado e o representante do Ministério Público serão intimados pessoalmente, regra expressa que não permite exceções.

O § 1º do art. 370, mencionado no inciso II do novo art. 420, reza: “§ 1º A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado”.

A remissão nos permite concluir que o advogado constituído, o querelante e o assistente de acusação serão intimados via imprensa oficial.

Em resumo, a preocupação da lei é com a publicidade que deverá revestir a decisão de pronúncia para que seja legítima.

Com a Lei n. 11.689/2008, desapareceram do ordenamento jurídico-processual penal o libelo e a contrariedade ao libelo.

Ao receber os autos, o juiz presidente do Júri intima o Ministério Público e o defensor público, quando for o caso, pessoalmente e, no caso do querelante e do advogado, via imprensa oficial.

A intimação tem como finalidade abrir para a acusação e a defesa a oportunidade de arrolarem, no máximo, 5 testemunhas para serem ouvidas no Plenário do Júri.

Este também é o momento de requerer as diligências necessárias para instruir, da forma mais completa possível, o julgamento em plenário.

### ***B) Segunda fase – juízo da causa***

Saneado o processo (o juiz tomou todas as providências para extirpar do processo qualquer irregularidade), o juiz presidente mandará intimar as partes, o ofendido, se for possível, as testemunhas e os peritos, quando houver requerimento, para a audiência de instrução e julgamento.

Deve-se seguir o trâmite da intimação da decisão de pronúncia.

Sorteados os jurados e formado o Conselho de Sentença, inicia-se a instrução em Plenário.

Após o compromisso formal dito em voz alta pelos jurados sorteados – *assim o prometo* – começa a fase de instrução no plenário.

Será ouvido o ofendido (quando isso for possível, já que estamos tratando de crimes dolosos contra a vida. Exemplo em que é possível ouvir o ofendido: na tentativa de homicídio).

Em seguida, ouvem-se as testemunhas de acusação e de defesa.

No caso das testemunhas de defesa, quem pergunta primeiro é o advogado. Para as testemunhas de acusação, o primeiro a perguntar é o promotor.

Até mesmo os jurados poderão, por intermédio do juiz presidente, formular questões para as pessoas ouvidas, o que é salutar para seu esclarecimento pessoal a respeito de algum fato.

Os jurados e as partes requerem acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos.

O interrogatório do réu, que aparecia como primeiro ato de instrução, foi deslocado para o final, assim como na audiência do rito comum ordinário e sumário.

O réu será interrogado com base no interrogatório previsto no rito comum do CPP (arts. 185 a 196), com as alterações trazidas pela Lei n. 10.792/2003.

Dispensável qualquer comentário a respeito da possibilidade do réu silenciar, pois se trata de direito constitucional, não podendo ser interpretado de forma negativa pelo juiz.

No Júri, entretanto, quem decide o futuro do réu são os juizes leigos.

Existe um risco duplo nessa situação:



Para os juizes populares, valem os ditos populares. Para a

maioria, quem cala consente. Assim, o silêncio do réu poderá sim ser interpretado de forma contrária aos interesses do acusado.

◆ O que assegura esse risco da análise negativa do silêncio do réu pelos jurados é a inexistência de motivação em suas decisões. Eles podem interpretar o silêncio de forma negativa e, ao responderem os quesitos apenas com a sua consciência, e na base do sim ou não, concretizar a ideia negativa que fizeram do réu e condená-lo.

**Atenção:** não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no Plenário do Júri. Como todo direito, este também comporta exceções. Se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes, o réu poderá permanecer algemado, mas a menção a esse fato é expressamente proibida pelo art. 478 do CPP.

### ***Dos debates orais***

Chegamos ao momento crucial para a atuação das partes: os debates orais, momento de convencer os jurados a respeito das teses de defesa ou acusação.

A Seção XII cuida dos debates. Encerrada a instrução, será dada a palavra ao promotor e depois ao assistente, quando houver, para fazer a acusação nos limites da decisão de pronúncia.

Antes, os limites materiais da acusação eram fixados pelo libelo. Com a reforma, o libelo foi suprimido e a acusação estará atrelada ao que ficou estipulado como conduta típica, ilícita e culpável na sentença de pronúncia.

Na ação penal privada, que no Júri só ocorre na privada subsidiária da pública ou nos crimes conexos, fala em primeiro lugar o querelante. Se o MP retomou a ação penal nos termos do art. 29 do CPP, ele volta a ter a primeira palavra.

Encerrando os argumentos da acusação, o juiz dá a palavra à defesa.

Há ainda a previsão de réplica e tréplica e a possibilidade, prevista na lei, da reinquirição das testemunhas já ouvidas no plenário. Regra essa desnecessária, pois o princípio da plenitude de defesa, previsto na Constituição da República, já asseguraria a nova oitiva, independente da previsão legal.

Entretanto, enquanto a Constituição figurar apenas como um ente

abstrato ou um conjunto amplo de normas programáticas para alguns juízes, melhor aprovar uma lei com todas as nuances de defesa possível.

Um ponto polêmico precisa ser abordado:

O promotor pode pedir a absolvição?

A resposta para essa pergunta é afirmativa.

Limitar o promotor de justiça a uma simples função de carrasco é desprezar a história, tradição e grandeza da Instituição Ministério Público. Um órgão que recebe a incumbência constitucional de zelar pela ordem democrática e pela vigência do ordenamento jurídico-constitucional e que luta para assegurar a tutela de bens jurídicos supraindividuais não pode ser comparado a um simples acusador. Essa comparação nunca deveria ter sido feita.

Assim como o advogado, o Ministério Público também é uma função essencial da justiça.

Nestes termos, qual seria a resposta para a questão da absolvição? O promotor busca a verdade, e se o agente não foi o responsável pela prática da conduta, da mesma forma que pede a condenação, pedirá a absolvição, sem nenhum impedimento.

### ***Dos jurados***

O número de jurados alistados por ano aumentou significativamente.

Agora, devem ser alistados de 800 a 1.500 jurados nas Comarcas de mais de 1.000.000 de habitantes; de 300 a 700 jurados nas Comarcas de mais de 100.000 habitantes; e de 80 a 400 nas Comarcas de menor população.

Quanto maior a população local, maior o número de julgamentos pelo Tribunal do Júri.

O nome e o endereço das pessoas que reúnam o mínimo de condições para exercer a função de jurado serão fornecidos pelas autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários, mediante requisição judicial.

Compete ao juiz do Júri identificar os melhores locais para onde possa remeter sua requisição de alistamento.

Após o alistamento, forma-se a chamada lista geral de jurados. Nela constará o nome e a profissão de cada jurado e será publicada pela imprensa até

o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri.

A lei prevê a possibilidade de a lista geral ser alterada, de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo até o dia 10 de novembro do ano vigente, data de sua publicação definitiva.

Os nomes e os endereços dos alistados permanecerão guardados em urna fechada à chave, sob a responsabilidade do juiz presidente, após serem verificados na presença do Ministério Público, de advogado indicado pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil e de defensor indicado pelas Defensorias Públicas competentes.

O jurado que tiver efetivamente integrado o Conselho de Sentença nos 12 meses que antecederem à publicação da lista geral fica dela excluído.

Isso encerra a figura dos chamados jurados profissionais, já conhecidos no Tribunal do Júri de suas comarcas pelas repetidas vezes em que atuam. A repetição do jurado, sucessivamente, faz com que não tenha a mesma atenção aos detalhes, o que às vezes poderá fazer a diferença entre a condenação e a absolvição.

As exclusões por força da integração dos Conselhos de Sentença e outras situações fáticas obrigarão o juiz presidente a completar, anualmente, a lista geral de jurados.

### ***Do desaforamento***

Os arts. 427 e 428 cuidam do desaforamento.

O desaforamento consiste em deslocar o julgamento do Júri de uma comarca para outra mais próxima.

Será solicitado pelas partes ou requisitado pelo juiz. Quem decide é o Tribunal. Destaque para a previsão legal do pedido feito pelo assistente de acusação.

Além do interesse da ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade do Júri ou falta de segurança pessoal do acusado, surge nova modalidade de desaforamento: excesso de serviço na comarca atrasando o julgamento (art. 428, CPP).

O novo rito do Júri, com prazo de 90 dias fixado para encerrar sua primeira fase, dará ensejo a uma pauta muito intensa.

Dar-se-á o excesso de prazo se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

Para a contagem do prazo referido neste artigo, não se computará o tempo de adiamentos, diligências ou incidentes de interesse da defesa. Vale o princípio geral de Direito: nenhum responsável pela causa pode se valer da consequência, em especial quando tratamos da duração razoável do processo.

O acusado pode requerer ao Tribunal que determine a imediata realização do julgamento, se o atraso não se der por excesso de serviço.

### ***Elaboração da pauta***

O art. 429 cuida da pauta a ser elaborada pelo juiz presidente. Ele deverá atender as seguintes regras de preferência:

I – os acusados presos;

II – dentre os acusados presos, aqueles que estiverem há mais tempo na prisão;

III – em igualdade de condições, os precedentemente pronunciados.

Segue uma lógica coerente. Em primeiro lugar, entre os réus soltos e os presos, julgar-se-ão os presos, em pior situação diária.

Entre os acusados presos, os presos há mais tempo, pois sua situação é ainda pior do que a daqueles que perderam sua liberdade de forma cautelar há menos tempo.

Entre os acusados presos, se foram recolhidos em data idêntica, os que foram pronunciados há mais tempo.

O *caput* apresenta uma exceção genérica às regras específicas dos incisos: salvo motivo relevante que autorize alteração na ordem dos julgamentos.

Organizada a pauta nos termos do art. 429, o juiz intimará pessoalmente o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública para acompanharem, em dia e hora marcados, o sorteio dos jurados que atuarão na reunião periódica.

Creemos que a ausência das partes intimadas, que já possuem muitas atribuições para ter que se deslocar até o Fórum para constatar um sorteio de cédulas, constitui mera irregularidade.

O sorteio será feito pelo juiz.

Serão sorteados 25 jurados para a reunião periódica ou extraordinária, entre o 15º e o 10º dia útil antecedente à sessão já marcada na pauta.

Os jurados sorteados serão intimados. A intimação pode ser feita por qualquer meio hábil. Basta que a notícia chegue ao jurado e que o oficial tenha como comprovar que o jurado foi intimado.

Os serviços de jurado são obrigatórios, salvo escusa devidamente fundamentada e aceita pelo juiz presidente.

A intimação do jurado sorteado segue com o seu nome, o dia e a hora para comparecer perante a Justiça e o local.

Todos têm o direito de saber quem serão os jurados convocados para a próxima reunião. As partes, se o quiserem, podem buscar informações a respeito dos jurados que formarão o Conselho de Sentença para poder bem exercer o seu direito de recusa peremptória ou motivada.

A função pública do Júri permanece obrigatória. Os convocados deverão comparecer na data marcada e cumprir com a sua obrigação.

A idade mínima para ser jurado começa aos 18 anos completos.

Além da idade mínima, o art. 436 exige notória idoneidade.

Os jurados decidem de acordo com a sua consciência, e não de acordo com o Direito.

Não utilizam as regras jurídicas para exarar o seu veredicto. Trabalham com fatos e com a sua opinião sobre o réu ser culpado e merecer punição, ou não. Por exemplo, se “A” efetuou três disparos de arma de fogo em “B” e se esses disparos foram a causa determinante de sua morte. São apenas fatos.

A recusa injustificada ao serviço do Júri acarretará multa no valor de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, de acordo com a condição econômica do jurado.

Estão isentos do serviço do Júri os chefes do Poder Executivo e seus Ministros e Secretários. A lei não isenta os Secretários Municipais.

O mesmo raciocínio cabe para o Poder Legislativo. Estão isentos os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais e Distrital.

O legislador ainda preservou o funcionamento do serviço público e isentou do serviço do Júri alguns de seus agentes: magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública; os servidores do Poder Judiciário, do

Ministério Público e da Defensoria Pública; as autoridades e os servidores da polícia e da segurança pública.

Os militares em serviço ativo também foram dispensados da função de jurado, para a manutenção da segurança nacional. Prova disso, os que não mais estiverem em atividade poderão ser convocados e deverão comparecer.

Os cidadãos com mais de 70 anos que requeiram sua dispensa também receberão isenção legal.

**Atenção:** apesar da revogação do art. 439, pela Lei n. 12.403/2011, o jurado que efetivamente tenha desempenhado sua função tem direito à prisão especial, conforme previsão no art. 295 do CPP.

Por óbvio, aquele que tem a obrigação de ser jurado não pode ser prejudicado em suas funções normais de trabalho. Não há a possibilidade de desconto nos vencimentos ou salário do jurado sorteado. Nem poderia, tendo em vista a convocação estatal obrigatória e as penas da lei para o jurado faltoso.

Assim, como em caso de recusa injustificada ao serviço do Júri, a consequência para o jurado que deixa de comparecer, sem motivo justificado valorado pelo juiz presidente, será a aplicação de multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos de acordo com a sua condição econômica.

O jurado deve estar atento, pois poderá ser processado e condenado pelo crime de desobediência, em caso de ausência dolosa e injustificada.

Se o Júri for de competência da justiça estadual, valerá o salário mínimo fixado pelo Estado. Se a competência for da justiça federal para a sessão do Júri, a base será o salário mínimo nacional.

Ao ser convocado, o jurado foi avisado de suas obrigações e, caso não possa comparecer no dia, deverá apresentar pedido de dispensa motivado ao juiz presidente.

A escusa terá como prazo-limite o momento de chamada dos jurados. Passado esse prazo, ou ele integra o Conselho ou receberá a multa do art. 442 do CPP. Há uma previsão excepcional para as recusas aceitas posteriormente, quando a sua prévia apresentação não se deu por motivo de força maior (por exemplo, a internação hospitalar do jurado por razões médicas).

A lei fala em motivo relevante, devidamente comprovado. Trata-se de cláusula aberta e discricionária a ser avaliada por cada magistrado. Uma viagem para o exterior previamente paga, uma final de competição esportiva, um trabalho a ser realizado em outra comarca no mesmo dia etc. A mesma escusa

poderá ser aceita em um Tribunal do Júri e em outro não. Tudo dependerá da compreensão do juiz presidente que deverá utilizar a proporcionalidade e ponderação de valores para decidir.

O jurado, no exercício de sua função, é considerado agente público. No Código Penal, a classificação é menos técnica do que no Direito Administrativo. O art. 327 do CP reza: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

O exercício de função pública, transitoriamente e sem remuneração, coloca o jurado dentro dos limites do conceito de funcionário público dado pela legislação penal.

Preenchida a elementar dos crimes contra a Administração Pública (arts. 312 a 359-H), o jurado poderá, se for o caso, responder criminalmente como se fosse funcionário público. A função pública por ele exercida equiparase à função jurisdicional exercida pelo juiz togado, nos termos expressos pelo art. 445.

Há uma crítica sistemática a ser feita. Reza o *caput* do artigo em comento: “no exercício da função ou a pretexto de exercê-la”. Quanto ao exercício da função, corretíssima a lei. Entretanto, pensamos que equiparar o cidadão que ainda não integra o Conselho de Sentença ao juiz togado foge dos limites materiais da lei.

A expressão a “pretexto de exercê-la” deve ser lida da seguinte forma: o jurado já foi selecionado para o Conselho de Sentença e está aguardando o início da sessão de julgamento. Fora desses casos, não há um efetivo exercício da função de jurado e isso escapa da rigidez penal da regra taxativamente expressa no art. 327 do CP: exerce função pública.

Desta forma, será inconstitucional equiparar o jurado ainda não escolhido entre os 7 como se agente público fosse.

### ***Dos quesitos***

A Lei n. 11.689/2008 veio para facilitar a votação pelos jurados.

Preocupou-se a lei com a simplificação dos quesitos, tanto em quantidade quanto na sua redação.

Os quesitos serão redigidos de forma simples, de modo que cada um possa ser respondido com total facilidade pelos jurados.

A preocupação foi salutar, pois o jurado não se preocupará mais em entender termos jurídicos complexos, e sim com a sua consciência a respeito do crime que está sendo apurado e sua autoria.

O responsável pela elaboração dos quesitos será o juiz presidente. Na sua elaboração, levará em conta todos os pontos relevantes mencionados na pronúncia, na decisão do Tribunal que determina a ida do processo para a segunda fase do Júri, no interrogatório e nas alegações das partes, respeitado os limites objetivos dos quesitos previstos no novo art. 483 do CPP.

O art. 483, por sua vez, traz regras muito simples e a previsão de 5 quesitos:

- I – a materialidade do fato;
- II – a autoria ou participação;
- III – se o acusado deve ser absolvido;
- IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
- V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena.

Se a resposta de 4 jurados ao quesito sobre a materialidade do fato (inciso I) for negativa, ou seja, não está provada a materialidade do delito, o réu deverá ser absolvido pela atipicidade do fato.

Se a resposta de 4 jurados ao quesito sobre a autoria (inciso II) for negativa, ou seja, não está provado que o réu foi o responsável pela prática da conduta descrita na pronúncia, o réu deverá ser absolvido pela negativa da autoria.

O § 2º traz até a pergunta que deverá ser feita aos jurados no caso de respostas positivas para os dois primeiros quesitos: o jurado absolve o acusado?

Essa simplificação exigirá do defensor certa cautela durante os debates orais. Diferentes teses de defesa não poderão ser questionadas de forma isolada no momento da votação dos quesitos. A pergunta será uma só. Os jurados deverão ter em mente o foco das teses defensivas que o levaram a concluir pela inocência do acusado para responderem a essa questão afirmativamente.

Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento não será encerrado pelo juiz. Deverão ser formulados, em seguida, quesitos sobre causas de diminuição de pena, quando alegadas pela defesa em plenário; circunstâncias qualificadoras ou causas de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Quesito a respeito da desclassificação pelo reconhecimento da ausência de dolo (*animus necandi*) também será feito e, caso reconhecida pelos jurados, o próprio juiz togado julgará o delito em apreço.

A tentativa também deve ser quesitada, além de outras divergências relacionadas à tipificação do delito.

Cada crime conexo será julgado com uma série exclusiva de quesitos, facilitando o raciocínio dos juízes leigos e assegurando a plena defesa, ao menos em seu aspecto formal.

### ***Da sentença do juiz presidente***

O termo de votação será assinado pelo juiz presidente, pelos 7 jurados que participaram da votação e pelas partes.

A assinatura das partes é requisito de validade e legitimidade do termo. A ausência, por exemplo, de assinatura da defesa, vicia o termo com nulidade absoluta, sanada por *habeas corpus* com pedido de liminar.

O art. 492 trata da sentença proferida pelo juiz presidente no final da sessão de instrução e julgamento.

Essa sentença poderá ser absolutória ou condenatória.

A absolvição vem regulamentada no inciso II. Neste caso, o juiz mandará colocar em liberdade o acusado se por outro motivo não estiver preso; revogará as medidas restritivas cautelarmente decretadas; se for caso de medida de segurança, imporá a sentença absolutória imprópria.

Quando o Júri decidir pela condenação (inciso I), o juiz presidente fixará a pena-base, de acordo com o art. 59 do Código Penal; levará em consideração as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates; causas de aumento ou diminuição da pena; mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva (arts. 282, 312, e 313 do CPP); e estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação (arts. 91 e 92, CP).

Especial destaque para a alínea *e* do inciso I deste artigo. Mesmo em caso de condenação recorrível, a prisão não é automática. Ainda estamos antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, portanto, qualquer prisão, mesmo a decorrente de sentença em Plenário do Júri, é de natureza cautelar. Não tem relação com o mérito. Assim, se ausentes as hipóteses da prisão preventiva, o réu será mantido ou colocado em liberdade.

Outra importante observação: pena não é sinônimo de prisão.

Os §§ 1º e 2º cuidam da desclassificação pelos jurados. Importante destacar a diferença entre essa desclassificação e a presente no art. 419 do CPP. Nesta, a desclassificação ocorre antes do final da primeira fase do Júri e, por isso, será decidida pelo juiz togado e remetido o processo ao juízo competente. Agora, na segunda fase, a desclassificação dar-se-á pelos jurados, nas respostas dos quesitos. Ao responder negativamente para o quesito sobre a ‘intenção de matar’, automaticamente ocorre a desclassificação. Por estarmos na segunda fase do Júri, será o próprio juiz presidente que decidirá sobre a condenação, agora fundamentada (art. 93, IX, CRFB), salvo em uma hipótese: se o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo. Neste caso, os autos serão remetidos aos Juizados Especiais.

Cuidado: mesmo para as infrações penais cuja pena máxima prevista e abstrata não seja superior a 2 anos, o Juizado não será competente em duas hipóteses:

❖ o art. 41 da Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha exclui da competência dos Juizados o processamento das infrações praticadas com violência contra a mulher;

❖ o novo § 1º do art. 291 do Código de Trânsito brasileiro, com redação trazida pela Lei n. 11.705/2008:

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:

I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência;

II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente;

III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).

**Importante:** ressaltamos relevância de um estudo mais completo sobre o Tribunal do Júri, e não apenas o estudo de seu procedimento. Para isso, conferir o livro dessa Coleção, específico sobre o Tribunal do Júri, de autoria de Luiz

## 2. Do processo e do julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos

Nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento competirão aos juízes de Direito, a queixa ou a denúncia – a depender se estamos diante de um crime de ação pública ou de ação penal privada – será instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

O ideal é sempre apresentar a documentação já reunida, em regra na investigação policial, para viabilizar o oferecimento e o recebimento da inicial acusatória.

**Atenção:** todos os crimes contra a administração pública são, em regra, afiançáveis, após as mudanças da Lei n. 12.403/2011. Não há vedação legal para fiança aos crimes contra a Administração Pública. As exceções serão de cunho processual, previstas no art. 324 do CPP: “Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; II – em caso de prisão civil ou militar; (...) IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)”.

Nos crimes afiançáveis (todos, em regra), estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de 15 dias.

**Atenção:** o acusado, nesse procedimento especial, não é citado nesse momento, e sim *notificado*. Ainda não houve o recebimento da acusação, que foi apenas autuada.

O acusado tem 15 dias para responder por escrito a respeito das acusações que lhe foram formuladas.

Se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, a lei determina a nomeação de um defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar.

Durante os 15 dias, prazo concedido para a resposta, os autos permanecerão em cartório, onde poderão ser examinados pelo acusado ou por

seu defensor.

O ideal para a defesa será apresentar a resposta preliminar contendo o máximo de documentos e justificações que conseguir, buscando o não recebimento da inicial acusatória pelo juiz.

Nesses termos, o juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação. Nem mesmo chegaremos a ter processo.

Caso contrário, recebida a denúncia ou a queixa, será o acusado citado, na forma estabelecida no Capítulo I do Título X do Livro I. Após o recebimento da denúncia, teremos formalmente ação penal e a acusação já pode ser considerada recebida pelo juiz. Assim, o acusado passa a ser réu e, por essa razão, deve ser citado.

O restante do procedimento seguirá o rito comum, já estudado.

### ***Resumo do rito especial dos crimes praticados por agentes públicos***

◆ Teremos uma fase preliminar ao recebimento da denúncia, com apresentação de resposta escrita em 15 dias, buscando o não recebimento da inicial acusatória e o fim das investigações.

◆ Após a Lei n. 12.403/2011, todos os crimes cometidos por funcionários públicos, nos termos do art. 327 do Código Penal, serão afiançáveis e deverão seguir esse rito especial.

### **3. Do processo e do julgamento dos crimes de calúnia, difamação e injúria, de competência do juiz singular**

O Código de Processo Penal traz rito especial para a apuração de responsabilidade criminal pela prática de crimes contra a honra, previstos, respectivamente, nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal.

Trata-se, respectivamente, dos crimes de calúnia, injúria e difamação.

Luiz Regis Prado define com precisão cada um dos delitos contra a honra (PRADO, 2005, p. 273):

Calúnia consiste em atribuir a alguém falsamente a prática de fato definido como crime. Faz-se mister, em primeiro lugar, a falsidade da

imputação, que pode recair sobre o próprio fato ou sobre sua autoria. Exige-se ainda que a imputação verse sobre fato definido como crime. De conseguinte, a falsa imputação de contravenção penal não perfaz a descrição típica da calúnia, mas pode, eventualmente, constituir difamação. O fato imputado deve ser determinado. Os fatos genericamente enunciados não configuram calúnia, mas injúria (por exemplo, dizer que alguém é “ladrão”).

Difamação consiste em atribuir a alguém fato ofensivo à sua reputação. O fato alegado pode ser verdadeiro ou falso, já que a prova de sua autenticidade não é exigida pelo tipo penal. Deve também ser determinado. Fato desonroso é aquele capaz de inspirar em outrem um sentimento de reprovação e desprezo para com a vítima e afetar, desse modo, sua respeitabilidade no meio social. Aqui, pode-se incluir a imputação da prática de contravenção penal. A ofensa deve ser endereçada a pessoa determinada, ou a grupo determinado de pessoas.

Injúria consiste em ofender a dignidade ou o decoro de alguém. Por exemplo, afirmar que alguém é “imoral” ou “desonesto” ofende sua dignidade; já dizer que se trata de um “ignorante” ou “aleijado” ultraja seu decoro. Distingue-se a injúria da calúnia e da difamação por não significar a imputação de um fato determinado – criminoso ou desonroso –, mas, sim, a atribuição de vícios ou defeitos morais, intelectuais ou físicos.

No processo por crime de calúnia, difamação ou injúria, observar-se-ão, de forma subsidiária, as regras do rito comum, além das regras específicas apresentadas a seguir.

Há alguns pontos importantes que tornam esse procedimento diferente dos demais.

Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo.

A ideia é buscar a reconciliação das partes.

A paz entre agressor e vítima foi quebrada no momento das ofensas proferidas, seja por fato criminoso determinado, seja por fato ofensivo à reputação ou, ainda, por qualidade pejorativa a respeito da pessoa da vítima.

Para evitar estratégias e artimanhas preparadas pelos advogados de cada uma das partes (na ação penal privada, a queixa também é oferecida por advogado), a lei prevê que ofensor e ofendido serão ouvidos pelo juiz conciliador sem a presença de seus advogados.

Se depois de ouvir o querelante e o querelado o juiz achar provável a reconciliação, promoverá entendimento entre eles, na sua presença. Tentará reduzir a termo eventual pedido de desculpas ou o esclarecimento dos fatos, tudo para evitar que se inicie uma ação penal.

No caso de reconciliação, depois de assinado pelo querelante o termo da desistência, a queixa será arquivada.

**Atenção:** com o arquivamento da queixa, não há que se falar em absolvição. Não existiu nem mesmo processo, quanto mais culpa discutida em juízo. Há o simples arquivamento e desaparece o interesse de agir da vítima, condição básica para o exercício da ação penal.

Caso não aconteça a reconciliação, o processo segue o seu rito normal.

No crime de calúnia, e de difamação praticada contra funcionário público, há previsão legal da exceção da verdade.

A exceção da verdade consiste em tentar provar que o que foi dito era real. Não se estava tratando de um fato falso, e sim de um fato verdadeiro imputável à vítima. Por ser verdade, desaparece o crime, que exige a falsidade da alegação para que exista.

**Atenção:** não cabe exceção da verdade para o crime de injúria.

Quando for oferecida a exceção da verdade do fato imputado, o querelante poderá contestar a exceção no prazo de 2 (dois) dias, podendo ser inquiridas as testemunhas arroladas na queixa, ou outras indicadas naquele prazo, em substituição às primeiras.

A exceção da verdade nem sempre é apresentada de forma simples e, muitas vezes, torna-se complexo visualizá-la corretamente. Vamos exemplificar para torná-la bem simples:

“A” afirma falsamente que “B” estuprou “C” no último Carnaval.

**Q uem se sente ofendido com essa afirmação?**

**R:** “B”, pois foi acusado de estuprador.

**Q uem será processado por crime de calúnia?**

**R:** “A”, pois caluniou “B”.

**Vamos supor que “A” realmente entenda que o fato existiu. Q ue o estupro realmente foi praticado por “B” e que tal fato não é falso. Q uem poderá utilizar a exceção da verdade?**

**R:** “A”, pois quer provar que não caluniou. Que era tudo verdade.

### **Quem irá contestar a exceção da verdade em 2 dias?**

**R:** “B”, pois tem que derrubar a exceção da verdade para manter a falsidade do estupro praticado e, com isso, “A” continuará respondendo pelo crime de calúnia.

**Importante:** por maioria, o Supremo Tribunal Federal declarou que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) é incompatível com a atual ordem constitucional (Constituição Federal de 1988). Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, ministro Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130.

Os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação e o ministro Marco Aurélio, pela improcedência.

O julgamento deu-se na ADPF 130, em 2009. Os crimes contra a honra previstos na lei de imprensa, assim como o restante da lei, não mais estão em vigor por não terem sido recepcionados pela Constituição da República.

Portanto, após o julgamento dessa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, as únicas previsões típicas de crimes contra a honra estão no Código Penal, e seu procedimento especial foi integralmente estudado neste capítulo.

### ***Resumo do rito especial dos crimes contra a honra***

◆ No processo por crime de calúnia, difamação ou injúria, antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo.

◆ Se depois de ouvir o querelante e o querelado, o juiz achar provável a reconciliação, promoverá entendimento entre eles, na sua presença.

◆ No caso de reconciliação, depois de assinado pelo querelante o termo da desistência, a queixa será arquivada.



Quando for oferecida a exceção da verdade ou da notoriedade do fato imputado, o querelante poderá contestar a exceção no prazo de dois dias, podendo ser inquiridas as testemunhas arroladas na queixa, ou outras indicadas naquele prazo, em substituição às primeiras, ou para completar o máximo legal.

#### **4. Do processo e do julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial**

Antes de ingressarmos nas etapas peculiares do procedimento especial para apuração dos crimes contra a propriedade imaterial, importante apresentarmos alguns conceitos.

A propriedade imaterial é protegida pelo Direito, reconhecida como direito individual e rege-se pelo princípio da exclusividade. Seja na utilização pública da obra criada (literária, artística ou científica), no uso de símbolos ou nome comercial (propriedade industrial) ou no uso da imagem, da voz e de outros atributos de ordem pessoal (direitos de personalidade) (ABRÃO).

A propriedade imaterial é *gênero*, cujas *espécies* são a propriedade intelectual e os direitos de personalidade.

A *espécie* propriedade intelectual subdivide-se em direitos autorais e conexos, e a propriedade industrial.

Tal bem da vida possui muita importância social, por essa razão está protegido pelo Direito Penal.

##### ***Crimes contra a propriedade intelectual***

Os crimes contra a propriedade intelectual, tipificados em nosso ordenamento jurídico-penal, são:

- a) art. 184 do Código Penal;
- b) arts. 183 a 195 da Lei n. 9.279/96.

##### ***Da ação penal para apuração dos crimes***

Em regra, estes crimes são de ação penal privada.

##### **Cuidado com as exceções:**



Art. 186 do CP; art. 184, §§ 1º e 2º, do CP: ação penal pública

incondicionada.

◆ Art. 184, § 3º, do CP: ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

◆ Art. 191 da Lei n. 9.279/96: ação penal pública incondicionada.

◆ Qualquer dos crimes, quando cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação pública: ação penal pública incondicionada.

### ***Dos procedimentos adotados***

Há três procedimentos a serem adotados para os crimes contra a propriedade intelectual, quais sejam, JECRIM, rito especial para crimes apurados mediante ação penal privada e rito especial para apurar ação penal pública.

#### ***1) JECRIM***

O crime do *caput* do art. 184 do CP (apenas o crime do *caput*) é infração penal de menor potencial ofensivo, por força de sua pena máxima em abstrato prevista na lei (1 ano, portanto, menor que o teto de 2 anos, para fixar a competência dos Juizados Especiais Criminais).

Seguirá, portanto, o procedimento sumaríssimo (Lei n. 9.099/95).

#### ***2) Delitos de ação penal privada***

No caso de crime de *ação privada*, que somente se procede mediante queixa-crime, o rito será o dos arts. 524 a 530 do CPP, por expressa disposição do art. 530-A do CPP.

No processo e no julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial, observar-se-á o procedimento comum, com as especificidades previstas nos artigos que regem esse rito especial.

No caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia *não será recebida* se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.

Ou seja, a perícia é indispensável para que exista a ação penal no procedimento de apuração e responsabilização pela prática desses crimes.

Sem a prova de direito à ação, não será recebida a queixa, nem ordenada qualquer diligência preliminarmente requerida pelo ofendido. O ofendido deve provar que é o proprietário da obra intelectual violada, para ter direito à movimentação do Poder Judiciário.

A diligência de busca ou de apreensão será realizada por dois peritos nomeados pelo juiz, que verificarão a existência de fundamento para a apreensão, e quer esta se realize, quer não, o laudo pericial será apresentado dentro de 3 dias após o encerramento da diligência.

**Atenção:** aqui temos uma diferença em relação ao rito comum do Código de Processo Penal, que exige apenas 1 perito oficial para a lavratura dos exames técnicos.

O requerente da diligência poderá impugnar o laudo contrário à apreensão, e o juiz ordenará que esta se efetue, se reconhecer a improcedência das razões aduzidas pelos peritos.

Mais uma vez, o juiz dará a última palavra. Se quiser decidir de forma contrária à perícia, tem poderes atribuídos pela lei para fazê-lo.

Encerradas as diligências, os autos serão conclusos ao juiz para homologação do laudo. O juiz é obrigado por lei a homologar o laudo pericial nesse procedimento.

Nos crimes de ação privativa do ofendido, não será admitida queixa com fundamento em apreensão e em perícia, se decorrido o prazo de 30 dias, após a homologação do laudo (art. 529).

Essa regra busca minimizar o prejuízo de quem teve toda a sua mercadoria apreendida na busca e apreensão e aguarda um desfecho do processo.

Trata-se de prazo decadencial, ou seja, o ofendido perde o direito de queixa e a mercadoria é liberada. Não pode demorar para oferecer a queixa-crime após a mercadoria ter sido apreendida e o laudo elaborado.

**Atenção:** o Ministério Público terá vista dos autos de busca e apreensão requeridas pelo ofendido, se o crime for de ação pública e não tiver sido oferecida queixa nos 30 dias fixados no art. 529 do Código de Processo Penal.

Se o réu for preso em flagrante e, na fase do art. 310, não for beneficiado com a liberdade provisória, com ou sem cautelares, o prazo de 30 dias será reduzido para 8 dias.

Oferecida a queixa, segue o rito comum.

### ***Resumo do procedimento para apuração e responsabilização de crimes de ação penal privada***

- ◆ Crime deixa vestígios.
- ◆ Requerimento do ofendido para a colheita de prova preliminar para comprovação da materialidade.
- ◆ Deferimento de busca e apreensão pelo magistrado.
- ◆ Elaboração de laudo pericial em três dias, feito por dois peritos.
- ◆ Homologação do laudo pelo juiz.
- ◆ Oferecimento da queixa no prazo de trinta dias após a homologação do laudo ou oito dias se o réu estiver preso (prazo decadencial).
- ◆ Recebimento da queixa.
- ◆ Segue o rito comum ordinário.

### ***3) Delitos de ação penal pública***

No caso de crime de ação pública, procede-se na forma dos arts. 530-B até 530-H (art. 530-I, CPP).

Nos casos das infrações previstas nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 184 do Código Penal, a própria autoridade policial procederá à apreensão dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, em sua totalidade, juntamente com os equipamentos, suportes e materiais que possibilitaram a sua existência, desde que estes se destinem precipuamente à prática do ilícito.

Trata-se de ação penal pública, em que não é necessário aguardar a manifestação de vontade do ofendido. O Estado age de ofício, no caso, a polícia, realizando as apreensões e a conseqüente prisão em flagrante.

Na ocasião da apreensão, será lavrado termo, assinado por 2 (duas) ou mais testemunhas, com a descrição de todos os bens apreendidos e informações sobre suas origens, o qual deverá integrar o inquérito policial ou o processo.

Após a apreensão, será realizada, por perito oficial, ou, na falta deste, por pessoa tecnicamente habilitada, perícia sobre todos os bens apreendidos e elaborado o laudo que deverá integrar o inquérito policial ou o processo.

Os titulares de direito de autor e os que lhe são conexos serão os fiéis depositários de todos os bens apreendidos, devendo colocá-los à disposição do juiz quando do ajuizamento da ação.

Ressalvada a possibilidade de se preservar o corpo de delito, o juiz poderá determinar, a requerimento da vítima, a destruição da produção ou reprodução apreendida quando não houver impugnação quanto à sua ilicitude ou quando a ação penal não puder ser iniciada por falta de determinação de quem seja o autor do ilícito (art. 530-F).

Trata-se de regra importante.

Caso a mercadoria seja apreendida, sem que se tivesse ciência de seu proprietário ou possuidor (ex. em depósito abandonado), a lei confere à vítima o direito de pedir ao juiz a destruição imediata do material apreendido.

Importante que seja reservada, sempre, parte dos bens para contraprova ou nova realização de perícia.

O juiz, ao prolatar a sentença condenatória, poderá determinar:

- a) a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos;
- b) o perdimento dos equipamentos apreendidos, desde que precipuamente destinados à produção e à reprodução dos bens, em favor da Fazenda Nacional, que deverá destruí-los ou doá-los aos Estados, Municípios e Distrito Federal, a instituições públicas de ensino e pesquisa ou de assistência social;
- c) incorporá-los, por economia ou interesse público, ao patrimônio da União, que não poderá retorná-los aos canais de comércio.

**Observação:** as associações de titulares de direitos de autor e os que lhes são conexos (ex. ABDR – Associação Brasileira de Direitos Reprográficos) poderão, em seu próprio nome, funcionar como assistente da acusação nos crimes previstos no art. 184 do Código Penal, quando praticado em detrimento de qualquer de seus associados.

***Resumo do procedimento para apuração e responsabilização de crimes de ação penal pública***

- ◆ Ocorrência do crime.
- ◆ Apreensão dos bens pela autoridade policial com lavratura de termo de apreensão.
- ◆ Perícia determinada pela polícia.
- ◆ Destruição dos bens a pedido da vítima, para proteção da propriedade intelectual.
- ◆ Sentença judicial: confisco dos bens; destruição dos bens; doação dos bens.

## **5. Do processo de restauração de autos extraviados ou destruídos**

Os autos originais de processo penal extraviados ou destruídos, em primeira ou segunda instância, devem ser restaurados.

Para isso, há um procedimento a ser seguido, etapa após etapa, na tentativa de refazer o processo extraviado ou destruído.

O procedimento está expresso no Código de Processo Penal, nos arts. 541 a 548.

Inicialmente, o processo pode ser subtraído por alguém, destruído por força de incêndio, enchente, desabamento do fórum etc. São múltiplas as possibilidades e, por isso, a lei prevê alternativas para solucionar esse problema.

Essas alternativas foram transformadas em etapas de um procedimento penal.

Se existir e for exibida cópia autêntica ou certidão do processo, será uma ou outra considerada como original. Ela será utilizada na restauração. Afinal, o documento tem fé pública e condiz com o original extraviado ou destruído.

Mas nem sempre todas as páginas do processo estarão em mãos das partes, autenticadas, ou certificadas.

Na falta de cópia autêntica ou certidão do processo, o juiz mandará, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, que:

- a) O escrivão certifique o estado do processo, segundo a sua lembrança, e reproduza o que houver a respeito em seus protocolos e registros.

Nesse momento, além dos registros existentes no cartório (fichas de andamento

processual, fichas de controle, livro de carga, registros de decisões interlocutórias, recursos, ações constitucionais etc.), o juiz também buscará a habilidade do servidor do Ofício que deverá utilizar sua lembrança para atestar conteúdo faltante.

- b) Sejam requisitadas cópias do que constar a respeito no Instituto Médico Legal, no Instituto de Identificação e Estatística ou em estabelecimentos congêneres, repartições públicas, penitenciárias ou cadeias.
- c) As partes sejam citadas pessoalmente, ou, se não forem encontradas, por edital, com o prazo de dez dias, para o processo de restauração dos autos.

Trata-se de procedimento em que as partes devem ser citadas para ciência e colaboração.

**Atenção:** ainda que os autos se tenham extraviado no Tribunal, o procedimento correrá em primeira instância.

No dia designado pela autoridade judiciária competente, as partes serão ouvidas, mencionando-se em termo circunstanciado os pontos em que estiverem acordes e a exibição e a conferência das certidões e mais reproduções do processo apresentadas e conferidas.

Além do material impresso (cópias autenticadas e as certidões) e da lembrança do escrivão, o juiz determinará as diligências necessárias para a restauração dos autos. Entre elas, as seguintes:

- 1) caso ainda não tenha sido proferida a sentença, reinquirir-se-ão as testemunhas, podendo ser substituídas as que tiverem falecido ou se encontrarem em lugar não sabido;
- 2) os exames periciais, quando possível, serão repetidos, e de preferência pelos mesmos peritos;
- 3) a prova documental será reproduzida por meio de cópia autêntica ou, quando impossível, por meio de testemunhas;
- 4) poderão também ser inquiridas sobre os atos do processo, que deverá ser restaurado, as autoridades, os serventuários, os peritos e mais pessoas que tenham nele funcionado;
- 5) o Ministério Público e as partes poderão oferecer testemunhas e produzir documentos, para provar o teor do processo extraviado ou destruído.

A lei processual penal dá o prazo de 20 dias, salvo motivo de força maior, para a realização e a conclusão das diligências. Após sua realização, serão

os autos conclusos para julgamento (art. 544, CPP).

No curso do processo, e depois de subirem os autos conclusos para sentença, o juiz poderá, em até 5 dias, requisitar de autoridades ou de repartições todos os esclarecimentos, em busca da mais fiel restauração.

Os selos, emolumentos e as taxas judiciárias, já pagos nos autos originais, não serão novamente cobrados. Entretanto, os responsáveis pelo extravio de autos responderão pelas custas, em dobro, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

Julgada a restauração, os autos respectivos valerão pelos originais. O processo restaurado passa a ser reconhecido judicialmente como o processo original.

**Atenção:** se no curso da restauração aparecerem os autos originais, nestes continuará o processo, apenas a eles os autos da restauração. Por certo, devem-se privilegiar os autos originais.

A situação do sentenciado que já cumpre pena definitiva recebe alguma peculiaridade.

Até a decisão que julgue restaurados os autos, a sentença condenatória em execução continuará a produzir efeito.

Isso ocorrerá desde que conste a existência inequívoca da respectiva guia de recolhimento, arquivada no estabelecimento prisional, onde o réu estiver cumprindo a pena.

### ***Resumo do procedimento para restauração de autos extraviados ou destruídos***

- ◆ Em primeiro lugar, o juiz deve buscar as cópias autenticadas e as certidões cartorárias.
- ◆ Em segundo lugar, requisitará ao escrivão os apontamentos que estejam em Cartório e as lembranças que tiver do processo.
- ◆ As partes serão citadas para participar do procedimento de restauração.
- ◆ Se ainda não sentenciado, poderão ser novamente ouvidas as testemunhas.

- ◆ As perícias, se possível, serão refeitas pelos mesmos peritos.
- ◆ A parte culpada pelo extravio pagará o dobro das custas.
- ◆ Em caso de destruição do processo, as custas já pagas não serão recolhidas novamente.
- ◆ Se os autos que supostamente estavam destruídos ou extraviados surgirem, eles serão considerados, e os autos em restituição serão apensados.

## **II – Procedimentos especiais previstos fora do Código de Processo Penal**

### **1. Estatuto do Idoso**

Idosos são pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Receberam proteção específica da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Dentre as especificidades de tutela da pessoa do idoso, há alguns dispositivos que lhe atribuem proteção especial no âmbito dos procedimentos, inclusive no procedimento penal.

Há apenas duas regras procedimentais que diferenciam o rito de apuração dos crimes contra o idoso do restante do procedimento comum, previsto no Código de Processo Penal.

Trata-se dos arts. 94 e 95 da Lei n. 10.741/2003 – Estatuto do Idoso.

#### **1.1 Art. 94 do Estatuto do Idoso**

O art. 94 trata da competência diferenciada do JECRIM, para os crimes em que o idoso for vítima.

Reza o art. 94 do Estatuto:

Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

A competência do JECRIM trabalha com a pena máxima em abstrato até 2 anos para os crimes dolosos, e qualquer pena para os crimes culposos e as contravenções penais.

O art. 94 do Estatuto do Idoso elevou esse teto para 4 anos.

Em primeira leitura, surge interpretação preocupante: estaria o próprio Estatuto do Idoso, em seu art. 94, ampliando a aplicação dos benefícios da Lei n. 9.099 para quem agride os idosos?

Os benefícios da Lei n. 9.099/95 são a *composição civil* dos danos e a extinção da punibilidade, antes do início da ação penal; a *transação penal* e a extinção da punibilidade, antes do início da ação penal; a *suspensão condicional do processo* e a extinção da punibilidade, antes do agente receber uma pena.

Por que os criminosos que atingem os idosos poderiam se beneficiar de tudo isso, com crimes com pena máxima até 4 anos, se fora dos crimes cometidos contra os idosos a competência do JECRIM é para infrações de menor potencial ofensivo, com crimes cuja pena não ultrapasse 2 anos?

Essa questão chegou até o Supremo Tribunal Federal.

A Relatora Ministra Cármen Lúcia, preocupada com interpretações equivocadas a respeito da literalidade do art. 94 do Estatuto, deu a seguinte interpretação para esse dispositivo:

“Decisão Final: o Tribunal, por maioria de votos, em Plenário, julgou parcialmente procedente a ação para dar interpretação conforme ao art. 94 da referida lei, no sentido de aplicar-se apenas o procedimento previsto na Lei n. 9.099/95 e não outros benefícios ali previstos” (STF, ADI 3.096-5, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, m.v., j. 16-6-2010, DJ 3-9-2010).

Tal ação direta de inconstitucionalidade resultou na interpretação do art. 94 conforme a Constituição da República.

Não pode uma lei que foi criada para beneficiar as vítimas idosas acabar

por beneficiar os agressores dessas mesmas vítimas.

Assim, acompanhando o voto da Relatora Cármen Lúcia, a maioria dos Ministros do Pleno do STF decidiu que o rito será o sumaríssimo, mais célere e ágil, para que o idoso receba a prestação jurisdicional de que tem direito o mais rápido possível.

Entretanto, todos os benefícios da Lei n. 9.099/95 não serão aplicados para quem comete crime contra o idoso.

Dessa forma, os benefícios da *composição civil* dos danos, da *transação penal* e da *suspensão condicional do processo*, apesar de previstos na Lei n. 9.099/95, não serão aplicados pelo Ministério Público, nem pelo magistrado da causa.

## **1.2 Art. 95 do Estatuto do Idoso**

O art. 95 consigna que todos os delitos tipificados na Lei n. 10.741/2003 são de ação penal pública incondicionada.

Além dessa informação, o art. 95 ainda tutela o *patrimônio* do idoso de forma mais ampla. Ele assim o faz ao afastar a aplicação dos arts. 181 e 182 do Código Penal para as hipóteses em que a vítima do delito contra o patrimônio for pessoa idosa, nos seguintes termos:

Art. 95. Os crimes definidos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, não se lhes aplicando os arts. 181 e 182 do Código Penal.

Os arts. 181 e 182 do Código Penal, localizados nas disposições gerais dos crimes contra o patrimônio (furto, estelionato, apropriação indébita, receptação etc.), apresentam as hipóteses denominadas pela doutrina de *escusas absolutórias*.

Escusas absolutórias são situações previstas na lei penal que isentam de pena a pessoa que cometeu o crime.

A lei deve ser expressa ao prever tais escusas, da mesma forma que o fez nos arts. 181 e 182 do Código Penal, nos seguintes termos:

Art. 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

Art. 182. Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

I – do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

II – de irmão, legítimo ou ilegítimo;

III – de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

O art. 181 do Código Penal isenta de pena o agente delitivo de crime contra o patrimônio, se a vítima é seu cônjuge, na constância da sociedade conjugal; ou se a vítima é ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

O Direito Penal assim optou por razões de política criminal.

Trata-se de interesse estritamente privado, em que o interesse público sequer é arranhado, para justificar a intromissão do Estado no seio das famílias em busca da prisão de tais infratores.

Por essa razão, o Estado entende que o problema particular dos familiares mais próximos e diretos deve ser resolvido entre eles. Ao menos fora do âmbito do Direito Penal.

Já o art. 182 atribui para os crimes contra o patrimônio a característica de ação penal pública, mas condicionada à representação do ofendido.

Aqui o parentesco não é em linha reta, não são cônjuges na constância da sociedade conjugal.

Há, sim, parentesco, mas em linha colateral, e os cônjuges já não estão unidos, com o intuito de manter a entidade familiar intacta.

São os casos dos cônjuges separados ou divorciados; irmãos; e tios ou sobrinhos, com quem o agente coabita.

Aqui já existe interesse público, entretanto o Estado respeitou a vontade da vítima que, por conhecer o agressor, pode optar por não representar contra ele, o que inibirá a instauração de inquérito policial ou de oferecimento da denúncia.

Tanto o art. 181 quanto o art. 182 foram expressamente afastados pelo art. 95 do Estatuto do Idoso.

Quando a vítima é pessoa idosa, ou seja, com 60 anos de idade completos ou mais, a ação continuará sendo pública incondicionada, e o agressor não poderá se valer da isenção de pena decorrente da escusa absolutória.

Para corroborar o afastamento do art. 95, o Estatuto do Idoso modificou o art. 183 do Código Penal, para incluir o inciso III, nos seguintes termos:

Art. 183. Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

I – se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;

II – ao estranho que participa do crime.

III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. (Incluído pela Lei n. 10.741, de 2003.)

### **Resumo das regras especiais do Estatuto do Idoso**

- ◆ Será utilizado o rito comum sumaríssimo da Lei n. 9.099/95.
- ◆ Não serão concedidos os benefícios da Lei n. 9.099/95 aos agressores (STF, ADI -3.096-5, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, m.v., j. 16-6-2010, DJ 3-9-2010).
- ◆ -O agressor não terá direito às escusas absolutórias do art. 181 do Código Penal.
- ◆ Os crimes contra o idoso sempre serão de ação penal pública incondicionada, afastando a regra do art. 182 do Código Penal.

## **2. Lei de Drogas**

A Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) traz, em seu Capítulo III, procedimento especial próprio para, em regra, apurar os crimes relacionados às drogas.

O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste título rege-se pelo disposto neste capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

Novamente o leitor percebe a aplicação subsidiária do rito comum, nos pontos em que o procedimento especial nada dispuser.

**Atenção:** para o agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 da lei de drogas, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 da mesma lei, será processado e julgado nos Juizados Especiais Criminais. Logo, o delito de porte ilegal de substância entorpecente para uso próprio é de

competência do JECRIM e, portanto, não segue o rito especial que será a seguir apresentado.

Para o agente preso pela prática do delito do art. 28, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

Concluídos os procedimentos, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

**Atenção:** o rito comum sumaríssimo não se aplica para os demais tipos penais previstos na Lei de Drogas, apenas para o crime do art. 28.

No caso de condutas tipificadas nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, sempre que as circunstâncias o recomendem, empregará os instrumentos protetivos de colaboradores e testemunhas previstos na Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999.

Trata-se da Lei de proteção às vítimas e testemunhas. A lei estimula a proteção contra a agressividade de traficantes contra seus delatores ou contra as vítimas que denunciam as condutas ilícitas dessa lei.

Após a delação, surge a investigação penal.

### ***Do inquérito policial***

Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

É a mesma regra levada ao Código Penal pela Lei n. 12.403/2011.

Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e da quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea. A perícia oficial será refeita posteriormente, mas não impede a lavratura do flagrante.

**Atenção:** o perito que subscrever o laudo de constatação não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

O inquérito policial para os crimes previstos nessa lei será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto. Aqui a regra é especial e ainda cabe a duplicação desses prazos pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

Assim, podemos ter um inquérito policial com a duração de 180 (cento e oitenta) dias, caso o indiciado esteja solto.

Findos os prazos do inquérito policial, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

- 1) relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e a natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou
- 2) requererá sua devolução para a realização de diligências necessárias.

**Importante:** a remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:

- 1) necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento. As provas decorrentes das diligências, após esse prazo, não serão consideradas na sentença;
- 2) necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

### ***Dos procedimentos investigatórios especiais***

Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

- 1) a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;
- 2) a não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se

encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Essa não atuação é chamada pela doutrina de ação controlada.

Só pode ser realizada com autorização judicial, ouvido o Ministério Público. Os agentes delitivos devem estar localizados em território nacional e a ação deve ter por objetivo identificar e responsabilizar o maior número possível de traficantes de drogas.

A autorização judicial só será concedida se conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores. Algo perfeitamente possível, após realização de interceptação telefônica.

### ***Da instrução criminal***

Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências:

- 1) requerer o arquivamento;
- 2) requisitar as diligências que entender necessárias;
- 3) oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.

### ***Da resposta preliminar à acusação***

Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.

Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias,

determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

### ***Da ação penal***

Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo.

A audiência será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

**Atenção:** no rito especial da Lei de Drogas, o interrogatório ainda está previsto como ato inaugural da instrução, contrariando todas as modificações feitas de 2008 para frente, no Código de Processo Penal.

Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Encerrados os debates, proferirá o juiz sentença de imediato, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

Ao proferir sentença, o juiz, não tendo havido controvérsia, no curso do processo, sobre a natureza ou quantidade da substância ou do produto, ou sobre a regularidade do respectivo laudo, determinará a destruição da droga, preservando-se, para eventual contraprova, a porção que fixar.

Igual procedimento poderá adotar o juiz, em decisão motivada e, ouvido o Ministério Público, quando a quantidade ou o valor da substância ou do produto o indicar, precedendo a medida a elaboração e a juntada aos autos do laudo toxicológico.

Nos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

### 3. Falência

Após 10 anos de tramitação legislativa, foi publicada, em edição extraordinária do *Diário Oficial da União* – 9-2-2005 –, a Nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005).

A vigência da pretérita Lei de Falências – Decreto-lei n. 7.661/45 – cessará apenas com o deslinde do último processo falimentar iniciado sob a sua égide, ou seja, estará vigente por um período considerável, levando-se em conta a complexidade dos procedimentos, sua ampla gama recursal e a morosidade do Poder Judiciário. O simples acréscimo da garantia individual de razoabilidade temporal dos processos (art. 5º, LXXVIII, CF), feito pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário), não irá, por si só, garantir a celeridade da prestação jurisdicional.

A Lei de Recuperação de Empresas, nome atribuído à nova lei, vem demonstrar a inversão ideológica do legislador, que transmitiu para o novo diploma legal elementos fáticos e institutos jurídicos capazes de reestruturar economicamente as empresas durante períodos de dificuldade em sua gestão.

O objeto da legislação falimentar deixou de ser, exclusivamente, a falência das sociedades e passou a ser a busca por sua recuperação, explicitando o caráter social do diploma legal. Preocupa-se, por exemplo, com a manutenção dos postos de trabalho dos empregados, ao invés de ir diretamente para falência da empresa.

O impacto social positivo trazido pela nova lei restará demonstrado com a redução do número de falências das empresas, dos índices de desemprego e com a efetiva recuperação dos empresários que, em sua grande maioria, têm que travar desiguais batalhas para honrar seus compromissos contratuais, fiscais e trabalhistas e nem sempre conseguem fazê-lo no campo da licitude de suas condutas.

O empresário devedor passa a ter como instrumentos de fôlego a recuperação extrajudicial (elabora-se um plano com os principais credores e homologa-se perante o juízo competente) e a recuperação judicial (o juiz nomeia um administrador judicial para tentar gerir a empresa e recuperá-la),

antes de sentença judicial decretar a sua falência.

Feita a introdução no plano do direito empresarial, passaremos agora a analisar as informações processuais penais contidas na nova lei.

Trata-se de lei ordinária que revoga expressamente, em seu art. 200, os arts. 503 a 512 do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Por força dessa revogação, o procedimento que irá apurar os delitos falenciais não está mais previsto no corpo do Código de Processo Penal, e sim em lei especial.

**Atenção:** o legislador optou pelo procedimento do rito comum sumário (arts. 531 a 540, CPP) para reger a apuração dos crimes falimentares da nova lei (art. 168 a 178), mesmo em se tratando de delitos com pena máxima em abstrato diversa da prevista no art. 394, II, do CPP.

Outra relevante novidade é o fim do inquérito judicial. O art. 187 da Lei n. 11.101/2005 atribui ao Ministério Público, caso verifique a ocorrência de crime previsto na nova lei, a obrigação de promover a ação penal ou, se entender necessário, requisitar a abertura de inquérito policial. É o fim do procedimento inquisitorial incidental falimentar.

Com a nova lei em vigor, não existirão mais debates sobre a nulidade dos procedimentos falimentares que, em seus inquéritos judiciais, não observaram o princípio do contraditório. O inquérito será presidido pela autoridade policial que encaminhará o procedimento inquisitorial ao representante do *Parquet*, que poderá ou não oferecer a denúncia. Em havendo dúvidas sobre o arquivamento, aplicar-se-á o art. 28 do CPP.

Os crimes previstos na nova lei são de ação penal pública incondicionada (art. 184). Não dependem de requisição do Ministro da Justiça, nem de representação do ofendido. O Ministério Público pode e deve agir diretamente.

Com o advento da Lei n. 11.101/2005, a expressão “crimes falimentares”, presente no Título XI da lei anterior de 1945, passa a ser tecnicamente incorreta. Agora, pode existir “crime falimentar” sem que tenha sido decretada a falência do devedor.

Isso ocorre porque a sentença que decreta a falência perdeu o monopólio de condição objetiva de punibilidade; estão incluídas também neste rol a sentença que homologa o plano de recuperação extrajudicial e a sentença que concede a recuperação judicial (art. 180).

A sentença que decreta a falência, portanto, passa a ser, também, marco

interruptivo do lapso prescricional (art. 182, parágrafo único) do crime que teve como condição objetiva de punibilidade, v.g., a sentença que homologou o plano de recuperação extrajudicial.

Em relação às disposições penais tipificadas pela Lei n. 11.101/2005, o primeiro aspecto diferenciador, fazendo uma comparação com o Decreto-lei n. 7.661/45, foi o aumento significativo das penas e, conseqüentemente, do lapso prescricional.

A prescrição dos crimes previstos na nova lei rege-se pelas disposições do Código Penal (art. 109, CP), tendo como marco inicial a decretação da falência, a concessão da recuperação judicial ou a homologação do plano de recuperação extrajudicial.

A pena máxima em abstrato, dos crimes definidos nos arts. 168 a 178 da Lei n. 11.101/2005, varia de 6 (seis) anos – no caso de fraude contra credores – a 2 (dois) anos – no crime de omissão dos documentos contábeis obrigatórios.

Este crime omissivo, devido à quantificação máxima em abstrato de sua reprimenda, é o único crime falimentar que está sujeito ao procedimento comum sumaríssimo. Os demais crimes estão sujeitos ao rito sumário do CPP por expressa disposição legal (art. 185, Lei n. 11.101/2005).

Salvo os delitos tipificados nos arts. 176 (Exercício ilegal de atividade) e 178 (Omissão dos documentos contábeis obrigatórios) que possuem pena mínima em abstrato de 1 (um) ano de reclusão e de detenção respectivamente, os demais crimes falimentares não admitem a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei n. 9.099/95).

Com a redação das disposições penais da nova lei, o legislador deixou transparecer dois objetivos que pretende alcançar:

- 1) com o aumento das penas e com a retirada do âmbito do procedimento sumaríssimo da quase totalidade dos crimes, impedindo a composição civil dos danos e a transação penal, utilizou a hipótese de restrição efetiva da liberdade, como coação para o desestímulo de práticas fraudulentas contra os credores; e
- 2) ampliou o prazo da prescrição para evitar o que quase sempre ocorria nos procedimentos falimentares regidos pelo Decreto-lei n. 7.661/45: a extinção da punibilidade do agente pelo decurso do lapso prescricional, nos termos do art. 107, IV, do CP.

Outro fator relevante da lei foi o tratamento especial dado às empresas

de pequeno porte e às microempresas.

Tratando-se de empresas legalmente qualificadas como tal e não se constatando prática habitual de condutas fraudulentas por parte do empresário, nos termos do § 4º do art. 168 (Fraude contra credores) “poderá o juiz reduzir a pena de reclusão [de 3 a 6 anos] de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) ou substituí-la pelas penas restritivas de direitos, pelas de perda de bens e valores ou pelas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas”.

Ao verificarmos este tratamento dispare em relação às demais empresas excluídas da redação do § 4º supracitado, constatamos a preocupação legislativa com o princípio da proporcionalidade penal. O impacto social e o capital de giro destas empresas é menor e, portanto, proporcionais devem ser as penas aplicadas ao microempresário devedor que não possui habitualidade na prática de condutas fraudulentas.

Após as explicações doutrinárias, passamos a analisar ponto a ponto, o procedimento falencial da nova lei.

O Procedimento Penal está expresso na Seção III da Lei n. 11.101/2005.

Compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei.

Regra de competência territorial e, portanto, relativa. Ou seja, o processo penal não será anulado caso tal regra não seja observada. Deve ser alegada exceção de incompetência no momento oportuno, ou precluirá a questão.

Os crimes falenciais serão rigidos por interesse exclusivamente público e, portanto, são de ação penal pública incondicionada.

Decorrido o prazo para que o representante do Ministério Público ofereça denúncia, prazo esse fixado no próprio Código de Processo Penal, qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública, observado o prazo decadencial de 6 (seis) meses, contados da data exata de esgotamento do prazo para o Ministério Público denunciar.

Recebida a denúncia ou a queixa, observar-se-á o rito previsto nos arts. 531 a 540 do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. A regra é importante, pois foge à regra geral do art. 394 do Código de

Processo Penal. Aqui não importa a quantidade de pena máxima em abstrato (menos do que 4 anos e maior do que 2 anos), pois há previsão expressa da lei especial nesse sentido.

No relatório previsto na alínea *e* do inciso III do *caput* do art. 22 da Lei n. 11.101/2005, o administrador judicial apresentará ao juiz da falência exposição circunstanciada, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença, e outras informações detalhadas a respeito da conduta do devedor e de outros responsáveis, se houver, por atos que possam constituir crime relacionado com a recuperação judicial ou com a falência, ou outro delito conexo a estes.

Tal exposição circunstanciada será instruída com laudo do contador encarregado do exame da escrituração do devedor, como prova da conduta equivocada do devedor, levando a empresa a possuir dívidas superiores às suas receitas.

Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.

Além da fase de intimação, em qualquer outra fase processual, surgindo indícios da prática dos crimes previstos nesta Lei, o juiz da falência ou da recuperação judicial ou da recuperação extrajudicial cientificará o Ministério Público, para que tome as providências legais cabíveis.

**Cuidado:** há uma única exceção à aplicação do rito sumário para a apuração dos crimes falenciais – o crime de omissão dos documentos contábeis obrigatórios (art. 178, Lei de Recuperação de Empresas e Falências), com pena máxima de 2 anos. Nesse caso, por força de sua pena máxima prevista em abstrato, seguirá o rito comum sumaríssimo, do Juizado Especial Criminal.

### ***Resumo do rito especial dos crimes falenciais***

- ◆ Fim do inquérito judicial. Agora segue a regra geral do inquérito policial (art. 187, Lei n. 11.101/2005).
- ◆ Os crimes previstos na nova lei são de ação penal pública incondicionada (art. 184).
- ◆ Agora pode existir “crime falimentar” sem que tenha sido

decretada a falência do devedor. Isso ocorre porque a sentença que decreta a falência perdeu o monopólio de condição objetiva de punibilidade.

◆ A condição objetiva de punibilidade é um fato jurídico que precisa acontecer antes, para que o Estado possa punir. Ou seja, sem a falência, antes da nova lei, não tínhamos crime falimentar. Agora isso é possível. Além da falência, temos a sentença que homologa o plano de recuperação extrajudicial e a sentença que concede a recuperação judicial.

◆ A sentença que decreta a falência passa a ser marco interruptivo da prescrição.

vA Lei n. 11.101/2005 aumentou as penas para os crimes falenciais e, conseqüentemente, o lapso prescricional.

vA prescrição dos crimes da Lei n. 11.101/2005 rege-se-á pela tabela do art. 109 do CP.

◆ A pena máxima em abstrato varia de 6 anos – na fraude contra credores – a 2 anos – no crime de omissão dos documentos contábeis obrigatórios.

◆ Este crime omissivo, repito, é o único crime falimentar que está sujeito ao JECRIM (pena máxima até 2 anos).

vSó os delitos dos arts. 176 (Exercício ilegal de atividade) e 178 (Omissão dos documentos) admitem suspensão condicional do processo (art. 89, Lei n. 9.099/95), pois sua pena mínima é de até 1 ano.

◆ A lei dá tratamento especial às empresas de pequeno porte e às microempresas. Não se constatando prática habitual de condutas fraudulentas por parte do pequeno empresário, o juiz pode reduzir a pena ou substituí-la por restritivas de direitos.

#### **4. Violência doméstica e familiar contra a mulher**

##### **4.1 Fundamento legal e conceitos**

A Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, criou mecanismos para coibir e

prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

O art. 226, § 8º, da Constituição Federal reza 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.

Além da previsão constitucional, há ainda a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Todas essas normas nacionais e internacionais têm como objetivo comum proteger a mulher da prática de atos de violência em seu âmbito familiar.

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Por essa razão, são asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

É obrigação do poder público desenvolver políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Também devem cooperar com a proteção da mulher a família e a sociedade.

Cumprindo essa obrigação, a própria Lei n. 11.340/2006 estabelece a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

A lei apresenta algumas *formas de violência* contra a mulher e nos dá conceitos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

- 1) a violência *física*, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
- 2) a violência *psicológica*, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
- 3) a violência *sexual*, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
- 4) a violência *patrimonial*, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

5) a violência *moral*, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Importante destacar que o rol é exemplificativo. É possível, caso apareçam novas formas de violência, a tutela dessa lei.

#### **4.2 Do procedimento**

Nas disposições gerais do Capítulo I, do título que trata dos procedimentos, há uma série de regras que dispõe sobre os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta Lei.

Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas *criminais* acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Será garantido o direito de preferência, nas varas *criminais*, para o processo e o julgamento das causas referidas nesta Lei.

É competente, *por opção da ofendida*, para os processos cíveis regidos por esta Lei, o Juizado:

- 1) do seu domicílio ou de sua residência;
- 2) do lugar do fato em que se baseou a demanda;
- 3) do domicílio do agressor.

**Atenção:** a escolha da competência é da vítima, mulher agredida. A Lei lhe faculta essa possibilidade.

## ***Audiência de renúncia***

Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Trata-se de regra peculiar. Somente nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida, não é possível a renúncia na própria delegacia.

A Lei n. 11.340/2006 trouxe regra nova, obrigando a vítima que quer renunciar a fazê-lo no fórum, perante o juiz e ouvido o Ministério Público.

Essa regra tem por objetivo proteger a vítima para que só renuncie se realmente entender correta a renúncia, e não por preconceito da polícia ou por pressão do agressor.

## ***Vedação à pena de cestas básicas***

O art. 17 trouxe uma regra tecnicamente incorreta.

Afirma ser vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Não há, no rol das penas restritivas de direito, a pena de cesta básica.

Isso é uma construção forense, tendo em vista alguns juízes atribuírem à pena restritiva de direitos aplicada um caráter social, como a entrega de cestas básicas em instituições carentes, com a consequente extinção da punibilidade.

A Lei Maria da Penha buscou impedir não o caráter social da pena, mas a associação entre fato tão grave como a agressão a uma mulher com a simplicidade de uma entrega de cesta básica e a consequente extinção da punibilidade, o que poderia transmitir a ideia de impunidade, ou de menor relevância da integridade física e moral da mulher.

## ***Do atendimento pela autoridade policial***

Na hipótese da iminência ou da prática efetiva de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis, entre elas:

- 1) garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;
- 2) encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;
- 3) fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;
- 4) se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;
- 5) informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

Há procedimentos específicos previstos no rito nessa Lei, para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher:

- 1) ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
- 2) colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;
- 3) remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;
- 4) determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;
- 5) ouvir o agressor e as testemunhas;
- 6) ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;
- 7) remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

O pedido de providências da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

- 1) qualificação da ofendida e do agressor;
- 2) nome e idade dos dependentes;
- 3) descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

Há situações em que não há a possibilidade de a vítima ser examinada

por perito oficial. Para essas hipóteses, a lei admite como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

### ***Das medidas protetivas de urgência***

Ao receber o expediente enviado pela autoridade policial, com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

- 1) conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;
- 2) determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;
- 3) comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

Poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado. O que irá definir essa questão serão a necessidade e a urgência de aplicação imediata das medidas.

As medidas protetivas de urgência podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

A tutela cautelar dessas medidas deve sempre levar em consideração o binômio adequação e necessidade da medida, em relação ao caso concreto.

O magistrado poderá, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

Também poderá dispensar o agressor da aplicação das medidas protetivas, caso se mostrem desnecessárias após algum tempo.

### ***Prisão preventiva de ofício***

Reza o art. 20 da Lei n. 11.340/2006:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal,

caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

E complementa seu parágrafo único afirmando que “o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

### ***Comunicação com a ofendida***

O art. 21 da Lei Maria da Penha trouxe para o plano jurídico duas regras práticas muito importantes que, antes da lei, colocavam a mulher em situação de risco.

A primeira delas é a notificação da ofendida a respeito de todos os atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.

A segunda regra, tão ou mais importante do que a primeira, diz respeito à vedação legal da ofendida em entregar a intimação ou notificação ao agressor.

Tal situação prática era absurda, quando o delegado dizia para a vítima, que havia acabado de denunciar seu agressor: “favor entregar essa intimação para ele”.

Hoje isso está proibido por lei, felizmente.

### ***Das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor***

As medidas de urgência obrigam o agressor e são necessárias para preservar, cautelarmente, a integridade da vítima.

Estão previstas no art. 22 da Lei n. 11.340/2006.

Vamos apresentá-las, agora. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003; (Estatuto do Desarmamento)

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Tais medidas não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

Aqui, há expressa previsão legal autorizando o juiz a utilizar seu poder geral de cautela. O que não ocorre com os arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal, que arrolam, de forma taxativa, as medidas cautelares diversas da prisão processual.

**Atenção:** na hipótese de suspensão da posse ou restrição do porte de armas, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no *caput* e incisos do art. 6º da Lei n. 10.826/2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

### ***Das medidas protetivas de urgência à ofendida***

A Lei n. 11.340/2006 também apresenta medidas diretas de proteção para a mulher vítima de violência doméstica.

O art. 23 elenca uma série de medidas protetivas, também em rol exemplificativo, para a tutela da integridade física, sexual, psicológica e moral da mulher, todas de cunho cautelar. São elas:

I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou

comunitário de proteção ou de atendimento;

II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV – determinar a separação de corpos.

A tutela do patrimônio da mulher, na maioria das vezes mesclado com o do marido ou companheiro agressor, recebeu proteção específica, no art. 24 da Lei Maria da Penha.

Trata-se de medida liminar a ser proferida pelo juiz, em busca da preservação dos bens a que a mulher tem direito, por força da lei civil (relevante verificar o regime de bens).

Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I – restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II – proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III – suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV – prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

### ***Da atuação do Ministério Público***

O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nas que for parte, por óbvio, integrará a relação jurídico-processual.

Caberá ao Ministério Público, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário:

I – requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros.

A força pública será necessária para colher material probatório e para impor o cumprimento da lei e das decisões judiciais.

II – fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas.

III – cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O cadastro dos casos de violência doméstica e familiar é muito importante.

Com base nas estatísticas criminais desse tipo de violência é que se justificou a tutela específica de gênero.

**Exemplo:** apresentaremos agora exemplos de como as estatísticas são colhidas.

### ***Vara de violência doméstica e familiar contra a mulher Síntese Estatística (fev. 2008 a fev. 2010) – Comarca – Rio Branco***

◆ Processos distribuídos: 7.384

◆ Processos ativos: 6.258

◆ Processos arquivados: 1.126

◆ Medidas Protetivas de Urgências Ativas: 3.798

◆ Relação de parentesco entre a vítima e o agressor:

ex-companheiro (esposo, namorado): 52%, outros (pai, mãe, filho, padrasto, irmãos, tios, netos): 48%

◆ Causas da violência:

separação: 55,5%, ciúmes: 20%, desavenças familiares: 13,5%, transtorno mental: 5,5%, agressividade: 4,5%, atentado violento ao pudor: 1%

◆ Estado do agressor durante o ato de violência:

lúcido: 36%, sob efeito de álcool e drogas ilícitas: 26,5%, sob efeito de álcool: 25,5%, sob efeito de drogas ilícitas: 12%



Média de idade das vítimas:

entre 20 e 40 anos: 68%, entre 4 e 20 anos: 14%, entre 40 e 83 anos: 13%, não informado: 5%



Tipos de violência:

psicológica (ameaça, chantagem etc.): 40%, física (lesão corporal, estupro etc.): 27%, física acompanhada de psicológica: 33%



Local do ato de violência:

bairros periféricos e invasões: 80%, bairros mais próximos ao Centro: 33%



Grau de escolaridade das vítimas:

1º grau completo: 33%, 2º grau completo: 28%, superior incompleto: 5%, superior completo: 4%, analfabeto: 3%, não informado: 27%

**Cuidado:** aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, *independentemente da pena prevista*, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Mesmo que a pena máxima cominada seja muito inferior ao patamar de 2 anos, para atribuição da competência do JECRIM, há vedação legal para essa aplicação.

## PARTE II



### **Prisão e Medidas Cautelares**

- ◆ Aspectos Constitucionais da Prisão
- ◆ Princípios Regentes das Medidas Cautelares
- ◆ Prisão em Flagrante
- ◆ Prisão Preventiva
- ◆ Liberdade Provisória, com ou sem Cautelares
- ◆ Prisão Temporária e outras Modalidades de Prisão
- ◆ Como Prender e como Soltar
- ◆ Resumo sobre o Tema
- ◆ Temas polêmicos sobre Prisão

#### **1. Introdução – prisão-pena e prisão processual (cautelar)**

O conjunto de artigos legais que regem o sistema das prisões processuais e das demais medidas cautelares foi totalmente reformulado com a Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011.

Antes do estudo analítico de cada uma das espécies de prisão, importante apresentar alguns conceitos a respeito do tema.

#### **2. Separação do plano concreto e do abstrato**

Sempre que algum fato é praticado, não importando sua espécie, é possível afirmar que algo aconteceu no mundo concreto.

Um vidro quebrado, um homicídio, um relâmpago acertando uma árvore são todos *atos*, pois modificam o plano da realidade.

Quando os fatos concretos repercutem no mundo do Direito, eles ganham um rótulo: passam a ser fatos *jurídicos*.

Do lado oposto ao mundo concreto, temos o plano abstrato, o plano das normas.

Nesse plano da abstração, não há realidade, apenas hipóteses que possivelmente poderão ser aplicadas futuramente.

Após os dois conceitos, resta claro que a lei está no plano abstrato, enquanto prevista no ordenamento jurídico. Está vigente e válida.

No momento da aplicação da lei após a prática de um fato concreto, ela sai do plano da abstração e migra para o plano real. Sai do plano das ideias e acontece no plano dos fatos.

A chamada prisão processual, de natureza cautelar, e a denominada prisão-pena, de cunho sancionatório, estão no plano abstrato, pois previstas na lei.

Entretanto, no momento da efetiva prisão real de uma pessoa, com base na lei previamente prevista em abstrato, surge a prisão concreta. A concreta retirada de liberdade de uma pessoa desloca a previsão em abstrato da lei para o plano concreto, o plano real.

### **3. Marco do trânsito em julgado da sentença penal condenatória dividindo as situações – prisão processual e a prisão-pena**

A prisão efetuada por força de sentença condenatória transitada em julgado é denominada prisão-pena.

A prisão existente antes do trânsito em julgado, em regra, será considerada prisão processual. Diz-se “em regra”, porque, seguindo parcela substancial da doutrina, entendemos que a prisão em flagrante, apesar de ser anterior ao trânsito em julgado, é pré-cautelar, ou seja, independe de decisão judicial.

A sentença penal condenatória fixa uma pena, que poderá ser privativa de liberdade, restritiva de direitos (em substituição à primeira) e/ou de multa.

Somente as penas privativa de liberdade e a restritiva de direitos (injustificadamente não cumprida) ensejam a privação da liberdade do sentenciado. Tal privação, por força da definitividade do trânsito em julgado, é denominada de prisão-pena.

**Atenção:** há duas prisões que são decretadas antes do início da ação

penal, ou seja, durante a investigação policial. Trata-se da prisão em flagrante e da prisão temporária, aquela de natureza pré-cautelar e esta cautelar. Ambas serão estudadas em seus capítulos próprios.

#### **4. O que a medida busca acautelar**

As medidas cautelares pessoais do processo penal existem para preservar as informações a serem analisadas quando da decisão judicial de mérito. Vale dizer, as medidas visam preservar a verdade, a reconstrução dos fatos na medida do possível.

Não se está falando da chamada *verdade real*, pois esta é impossível atingir com absoluta fidelidade.

Tal verdade absoluta, de impossível obtenção, foi um dogma repetido por anos, utilizado para diferenciar a verdade no plano processual penal – verdade real, material – da verdade no plano do direito processual civil – denominada de verdade formal.

A verdade real ou material seria uma verdade plena, fiel a todos os fatos ocorridos no mundo fenomênico. O conteúdo das provas levado ao processo penal retrataria com fidelidade absoluta as ações praticadas pelo agente delitivo e todas as consequências fáticas derivadas de sua conduta.

A verdade formal seria o conjunto de informações selecionadas pelas partes e seus advogados e levadas ao processo civil. Aqui, o juiz não buscaria descobrir o que realmente aconteceu, mas apenas trabalharia com a hipótese deduzida no processo em cotejo com as provas regularmente produzidas nos autos.

Essa divisão não merece prosperar. Sempre o Poder Judiciário deve julgar com o máximo de elementos possível, condizentes com a realidade, para que possa aplicar a lei ao caso concreto de forma justa.

Hoje, enfraquecida essa divisão, prevalece a chamada *verdade processual*.

Na persecução penal importa simplesmente descobrir a verdade. E essa verdade, do ponto de vista jurídico, é a verdade processual (BARROS, p. 46).

Entretanto, as partes devem procurar levar para o processo o máximo de informações possível, para que o magistrado tenha elementos suficientes para julgar da melhor forma. No processo penal, prevalece que o ônus de provar a autoria e a materialidade cabe integralmente à acusação.

Marco Antonio de Barros descreve com muita felicidade tal questão, ao afirmar que no processo penal, descobrir a verdade equivale a realizar uma intensa atividade de inteligência humana, que é de fundamental importância para a consolidação da Justiça (BARROS, p. 9).



### Aspectos Constitucionais da Prisão

No preâmbulo da Constituição da República, a liberdade já se destaca entre os mais importantes bens de nossa vida.

É caracterizado pelo texto constitucional como um direito fundamental a ser protegido por todo o ordenamento jurídico nacional.

Reza o Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a *liberdade*, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Diante da relevância desse direito a ser livre, inicialmente pleno e ilimitado, natural que suas exceções recebessem contornos bem delineados, também expressos na própria Constituição.

O art. 1º do texto constitucional traz os fundamentos da República e, entre eles, está a dignidade do ser humano (inciso III).

Dignidade essa que deve nortear toda a sociedade, constitucionalmente objetivada como livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Agora no rol dos direitos e garantias fundamentais, prevê o art. 5º da Constituição: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Tal inviolabilidade não é absoluta.

Há situações excepcionais que acabam por relativizar tais direitos, e com o direito à liberdade isso também acontece.

Em seguida, apresentar-se-ão as regras constitucionais mais importantes a respeito do direito individual à liberdade e, conseqüentemente, à sua restrição.

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (inciso LXI, art. 5º).

A leitura desse dispositivo transparece a necessidade de a prisão ser efetuada ainda no calor dos acontecimentos ou logo após – prisão em flagrante –, ou depois da situação de flagrância, mas nesse caso somente com uma ordem emitida por autoridade judiciária competente.

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (inciso LXII, art. 5º).

O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (inciso LXIII, art. 5º).

Em nenhuma hipótese o silêncio da pessoa que for presa poderá ser interpretado de forma negativa. O silêncio do autuado/indiciado/réu verificado no inquérito policial ou até mesmo em juízo não é indicativo de culpa e, assim, não pode ser utilizado como fundamento de condenação criminal, sob pena de nulidade absoluta da decisão judicial.

O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (inciso LXIV, art. 5º).

A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (inciso LXV, art. 5º).

Prisão ilegal é aquela que não possui embasamento legal (ex.: prisão em flagrante desacompanhada das situações de flagrância previstas no art. 302 do CPP).

Também é ilegal a prisão que perdura por tempo irrazoável sem que haja uma decisão de mérito, pois o inc. LXXVIII, do art. 5º, determina que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (inciso LXVI, art. 5º).

Em relação a esta regra, vale destacar que com a Lei n. 12.403/2011, a liberdade provisória passa a ser compatível, também, com outras medidas cautelares (previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal), e não

somente com a fiança.

Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (inciso LXVII).

A regra da prisão civil do *depositário infiel*, após o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, pelo Supremo Tribunal Federal, não pode mais ser aplicada, em nenhuma hipótese. Apenas a prisão civil do devedor de alimentos foi mantida em nosso ordenamento jurídico.

Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (inciso LXVIII). Trata-se de remédio constitucional, de natureza jurídica de ação impugnativa autônoma, direcionado a proteger a liberdade de locomoção de qualquer pessoa que se encontre minimamente ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder (ex.: decisões judiciais de indeferimento da liberdade provisória ou de revogação da preventiva sem fundamentação concreta; sentença que fixa regime prisional mais gravoso do que o permitido em lei com fulcro na opinião pessoal do julgador a respeito da gravidade abstrata do delito – Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal).

Entende-se que é possível manejá-lo até mesmo contra ato ilegal de particular que caracterize coação ou violência na liberdade de locomoção de alguém.



### Princípios Regentes das Medidas Cautelares

#### 1. Noções gerais

O Título IX do Código de Processo Penal trata da prisão cautelar, das medidas cautelares diversas da prisão e da liberdade provisória.

Antes de estudarmos cada uma dessas medidas cautelares – pois todas possuem essa natureza jurídica – é preciso apresentar dois princípios que nortearão a aplicação de todas elas: os princípios da necessidade e da adequação das medidas cautelares.

O art. 282 do Código de Processo Penal estabelece: “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”.

Note que o art. 282, inciso I, traz as hipóteses reveladoras da necessidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares (isolada ou cumulativamente). A regra estampada no inciso II, por sua vez, abrange critérios para adequar a(s) medida(s) cautelar(es) à finalidade que visa(m) atingir. Entendemos, com o devido respeito a opiniões contrárias, que é equivocada a interpretação por vezes emprestada ao inciso II no sentido de que a “gravidade do crime” justifica a aplicação automática da prisão preventiva. Isso porque, em tal hipótese, desconsidera-se a existência de outras medidas cautelares menos invasivas e com aplicação prioritária à prisão, e também porque se presume a existência da cautelaridade com fulcro em elementos distintos daqueles previstos no inciso I. No mais, se a gravidade do crime fosse uma autorização para a aplicação da prisão preventiva, não teria sentido o legislador estabelecer tal diretriz para todas as cautelares. Bastaria incluir a gravidade do crime como requisito da prisão preventiva. O mesmo se diga em relação “às condições pessoais do indiciado ou acusado”. Por fim, a jurisprudência do STJ e do STF há muito afasta a gravidade abstrata do crime e a reincidência do réu como fundamento apto a justificar o

encarceramento cautelar.

Além dos aspectos principiológicos, outras regras importantes precisam ser apresentadas.

As medidas cautelares têm aplicação isolada ou cumulativa.

Durante a instrução processual, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes.

Já no curso da investigação criminal, as cautelares serão decretadas por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. Não há previsão de cautelares decretadas de ofício pelo magistrado durante as investigações policiais.

**Cuidado:** há previsão de regra especial, no art. 20 da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), permitindo a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal”, quando for caso de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Como regra, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. Excepcionalmente, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz não estará obrigado a estabelecer o contraditório antes de decidir pela aplicação das medidas cautelares.

Outra regra de grande relevância, diz respeito à necessidade do juiz, no decorrer do processo, reavaliar a adequação e a necessidade da(s) medida(s) cautelar(es) já decretada(s).

Tal reavaliação também deve ser feita em caso de descumprimento.

Com efeito, estipula o art. 282, 4º, que uma vez descumprida qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.

Nota-se de forma cristalina que a prisão preventiva deve ser a última opção do juiz para acautelar o processo, mesmo em caso de descumprimento da medida anteriormente imposta.

O juiz tem autorização legal para revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar

a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Tudo com base nos princípios da adequação e da necessidade.

## **2. Prisão preventiva por insuficiência das demais medidas cautelares**

O juiz, ao decretar a prisão preventiva, além de demonstrar a presença dos seus requisitos (art. 312 do CPP), deve fundamentar, pormenorizadamente, os motivos pelos quais as demais medidas cautelares (art. 319) não são adequadas e suficientes ao caso, sempre com base no binômio adequação – necessidade.

Trata-se da regra da excepcionalidade da prisão preventiva extraída do art. 282, 6º, e do art. 310, inciso II, ambos do Código de Processo Penal.

## **3. Modalidades de prisão vigentes**

A leitura do art. 283 do Código de Processo Penal nos dá a exata dimensão das modalidades ainda vigentes de prisão, previstas em nosso ordenamento jurídico.

Reza o dispositivo: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em *flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado* ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de *prisão temporária ou prisão preventiva*”.

Da leitura desmembrada do artigo, podemos identificar as seguintes modalidades de prisão, vigentes e válidas no Brasil:

- 1) Prisão em flagrante (independe de ordem escrita e fundamentada).
- 2) Prisão-pena (decorrente de sentença condenatória transitada em julgado).
- 3) Prisão temporária (depende de ordem escrita e fundamentada do juiz).
- 4) Prisão preventiva (depende de ordem escrita e fundamentada do juiz).

Fora dessas hipóteses, não se pode prender alguém de forma legítima e lícita. Não há previsão legal para a antiga prisão para averiguação.

## **4. Regras complementares para aplicação das medidas cautelares**

O § 1º do art. 283 traz a seguinte redação: “As medidas cautelares

previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”.

Trata-se de regra imperativa e que veda, expressamente, não apenas a decretação da prisão preventiva, mas a decretação de qualquer uma das medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal.

Por razões lógicas, se ao final do processo, e mesmo que venha a ser decretada uma sentença penal condenatória, a pessoa processada não será presa para cumprir a pena, não existiria proporcionalidade e cautelaridade para deixá-la presa no curso da ação penal.

**Conclusão:** sem pena privativa de liberdade prevista em abstrato (ex. apenas multa), qualquer prisão cautelar é vedada.

Outra regra complementar, mas previsível por ser compatível com a previsão constitucional, é o respeito à inviolabilidade do domicílio.

A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições constitucionais.

Nesta perspectiva, cabe lembrar o teor do art. 5º, inciso XI, da Constituição da República: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Além da proteção domiciliar, o art. 284 prevê o impedimento do uso da força para efetuar a prisão, nos seguintes termos: “não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”.

Aqui cabe menção à chamada súmula vinculante das algemas.

Súmula é a síntese ou enunciado de um entendimento jurisprudencial extraída (ou extraído) de reiteradas decisões no mesmo sentido.

Para serem vinculantes devem seguir rigorosamente o procedimento descrito na Lei n. 11.417, de 19-12-2006, que regulamentou o art. 103-A da CF.

Nesta linha, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 11, *in verbis*:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob

pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Sem embargo, a “força” prevista no art. 284 pode incluir o uso de algemas, pois tanto esse artigo quanto a redação da Súmula Vinculante 11 fazem expressa menção às hipóteses em que o uso desse artifício ou da força serão permitidos. Fora de tais hipóteses, o uso da algema será considerado indevido e acarretará “responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

A última regra complementar trata da separação dos presos provisórios dos presos definitivos.

O novo art. 300 traz regra imperativa, cogente e de observância obrigatória.

As pessoas presas provisoriamente *ficarão* separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Não é uma faculdade do juiz, nem do diretor do estabelecimento prisional.

É direito líquido e certo do preso cautelar não ficar recolhido no mesmo local daqueles que já foram sentenciados de forma definitiva. Decerto, se a Constituição Federal estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inciso LVII, art. 5º, CF), não se revela constitucional impor a mesma regra de prisão ao condenado definitivo e ao presumidamente inocente.



### Prisão em Flagrante

Como estudado no Capítulo 1, a prisão em flagrante possui autorização constitucional e legal.

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º, inciso LXI, Constituição da República).

No plano infraconstitucional, a prisão em flagrante está prevista no Código de Processo Penal.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Além do dispositivo em referência, há um conjunto de regras específicas que trata da prisão em flagrante no mesmo diploma legal, por isso o destaque em capítulo próprio neste trabalho (arts. 301 a 310 do CPP).

Qualquer do povo poderá prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Trata-se de uma faculdade de agir (*facultas agendi*) não existindo nenhuma sanção caso o particular, ao presenciar um delito sendo cometido, não efetue a prisão do agente delitivo.

Em relação às autoridades policiais e seus agentes, a regra é diferente. Eles têm o dever legal de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. A violação desse dever gera consequências jurídicas na órbita civil (indenização), administrativa (sanção disciplinar) e, dependendo da circunstância, penal.

Quem é considerado em flagrante delito pela lei?

O art. 302 apresenta um rol de hipóteses que recebeu famosa classificação doutrinária a seguir representada:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Para cada inciso acima, o flagrante receberá uma denominação diversa. Tais denominações são doutrinárias e não estão previstas na lei. Vejamos:

◆ *Flagrante próprio, ou real, ou verdadeiro, ou propriamente dito* (incisos I e II): o agente é surpreendido cometendo o ato delitivo ou *no exato instante* em que acabou de praticá-lo.

◆ *Flagrante impróprio, ou irreal, ou quase flagrante* (inciso III): *logo após* ter cometido o delito, há uma perseguição do agente para que sua prisão seja efetuada. Tal situação faz presumir que a pessoa que foge do local seria o autor do delito.

◆ *Flagrante presumido, ou ficto, ou assimilado* (inciso IV): aqui, o agente também acabou de cometer o delito. Não há perseguição, mas o criminoso é encontrado, *logo depois*, com armas, objetos ou papéis que favoreçam a presunção de que ele é o autor do crime que acabara de acontecer.

**Atenção:** importante diferenciar outras quatro formas de prisão em flagrante, muito frequentes no dia a dia forense, e objeto de arguição em provas e exames.

a) *Flagrante preparado ou provocado*: aqui as próprias pessoas que efetuam a prisão (agente público ou particular) induzem, instigam a pessoa a praticar o crime para, logo em seguida, efetuarem sua prisão. Esse vício na vontade do agente e a observância e o controle empregados durante toda a ação por aqueles que efetuam a prisão fazem surgir a hipótese de crime impossível. Em outras palavras, por força da intervenção na vontade do agente e pela completa e premeditada fiscalização, o agente, ainda que quisesse, jamais conseguiria consumir o crime. É de impossível consumação desde o seu nascedouro. Tal modalidade de flagrante não é válida, e a prisão deve ser relaxada, pois ilegal.

**Observação:** essa modalidade de flagrante também recebe os nomes de *delito de ensaio* ou *delito putativo por obra de agente provocador*. A respeito da matéria, cumpre destacar a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação”.

- b) *Flagrante esperado*: aqui a situação de flagrância não é preparada ou provocada pelas autoridades. Durante as investigações, descobrindo futura prática de crime, elas apenas aguardam, de tocaia, o momento da prática do delito para, aí sim, efetuar a prisão. Aguardar é válido, mas preparar, intervir para a sua ocorrência, não. Portanto, trata-se de modalidade legal de flagrante.
- c) *Flagrante retardado*: ocorre quando as autoridades não efetuam a prisão em flagrante no exato momento em que tomam contato com o delito, adiando, prorrogando, intencionalmente, o momento da prisão, objetivando prender o maior número possível de agentes. Há previsão dessa modalidade de flagrante na Lei de Drogas (art. 53, da Lei n. 11.343/2006) e na Lei do Crime Organizado (art. 2º, II, da Lei n. 9.034/95). Aqui, registre-se, é preciso observar os requisitos legais para a sua implementação, sob pena de ilegalidade da prisão.
- d) *Flagrante forjado*: é a situação de flagrância fabricada, maquiada, criada por terceiros. O exemplo mais frequente é a hipótese de colocação de drogas no interior de uma residência, ou de um veículo, como forma de prejudicar a pessoa investigada. Não possui validade jurídica. Descoberta a fraude, a falsa prisão em flagrante será imediatamente relaxada e aqueles que construíram a farsa serão responsabilizados criminalmente.

### ***Flagrante nos delitos permanentes***

Nas infrações permanentes, ou seja, aquelas cuja consumação se protraí no tempo, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Exemplificando: no crime de extorsão mediante sequestro, durante todo o tempo em que a vítima está no cativeiro, sequestrada, o crime está se consumando. A consumação se renova a cada instante e mesmo dias, semanas, meses após o ato do sequestro, ainda será possível prender os sequestradores em flagrante, por força da regra do art. 303 do Código de Processo Penal.

## ***Procedimento da lavratura da prisão em flagrante***

O preso é apresentado à autoridade competente.

Esta ouvirá o condutor (aquele que transporta a pessoa presa do local dos fatos até o distrito policial) e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso.

Em regra, tal condutor é policial, civil ou militar. A regra da liberação imediata do condutor tem cunho estratégico, pois o policial é mais útil atuando na repressão do crime, nas ruas, que permanecendo por horas no distrito policial até a assinatura final do auto de prisão em flagrante.

Em seguida, a autoridade policial procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva, suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, por fim, o auto de prisão em flagrante.

Resultando das oitivas do condutor e das testemunhas e, mesmo após interrogado, restar fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto se for caso de liberdade provisória com fiança.

Nessa hipótese, a fiança será arbitrada e, após o recolhimento da quantia, o preso em flagrante será liberado para responder às acusações que pesam contra si, em liberdade provisória com fiança.

**Atenção:** a falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante. Nesse caso, além do condutor deverão assinar o auto de prisão em flagrante pelo menos outras duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

O que acontece se o acusado se recusar a assinar o auto?

Caso se recuse a assinar ou, ainda, se não souber assinar ou estiver impossibilitado de fazê-lo (ex.: se sofreu graves danos físicos que tenham comprometido sua capacidade motora), o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença do acusado.

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

Além desses destinatários, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, a autoridade policial também deverá encaminhar à Defensoria

Pública cópia integral do auto de prisão em flagrante, em 24 horas. Entendemos que, caso não efetivada a entrega de cópia integral do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública no prazo de 24 horas, a prisão deverá ser relaxada, pois ilegal (ilegalidade decorrente de ausência da formalidade essencial do ato). Com efeito, deixar de levar a conhecimento da Defensoria Pública a prisão em flagrante da pessoa desprovida de defesa técnica, além de caracterizar inobservância às formalidades do flagrante, representa grave violação ao acesso à justiça do preso carente.

Em até 24 horas após a realização da prisão, o auto será encaminhado ao juiz competente, que fará a análise da prisão e de sua validade, além de aferir a necessidade ou desnecessidade de sua manutenção.

No mesmo prazo de 24 horas, em nosso entendimento, sob pena de relaxamento da prisão, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade e constando o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas.

O preso tem o direito constitucional de ser informado a respeito da identidade de quem o prendeu e do seu condutor.

**Atenção:** quando o fato for praticado na presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido *imediatamente* ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.

Outra questão prática importante: o que acontece se não houver autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão em flagrante?

A resposta está no art. 308 do Código de Processo Penal: “Não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo”.

Após todo esse trâmite, chega-se à fase prevista no art. 310 do Código de Processo Penal.

Primeiramente, apresenta-se a redação do dispositivo, para, em seguida, estudá-lo de forma minuciosa.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

O juiz, após receber o auto de prisão em flagrante, que lhe deve ser encaminhado pela autoridade policial em 24 horas, deverá proferir uma das seguintes decisões, motivadamente:

- a) Relaxar a prisão em flagrante, se for ilegal.
  - b) Conceder liberdade provisória quando a ação foi praticada em excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito).
  - c) Conceder liberdade provisória, com ou sem medida(s) cautelar(es).
  - d) Converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, “quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”.
- a) A primeira análise a ser feita diz respeito a ordem correta de leitura dos dispositivos.

Como a prisão preventiva é a última opção do juiz, regra essa expressa na lei processual penal (art. 282, § 4º, e art. 310, inciso II, ambos do CPP), antes de o juiz optar pela sua utilização, deve, primeiramente, verificar a legalidade da prisão em flagrante. Se ilegal, basta relaxá-la e expedir o alvará de soltura em favor do autuado.

- b) Se o auto de prisão em flagrante estiver formalmente em ordem, o juiz, nos termos do parágrafo único do art. 310, deve avaliar se o fato foi praticado acobertado por alguma das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal. Se positivo, o juiz concederá a liberdade provisória ao autuado, sem cautelares, condicionando a sua manutenção

ao comparecimento do autuado aos atos do processo, sob pena de revogação da liberdade provisória.

**Atenção:** pode a autoridade policial deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante se constatar, de imediato, no ato de condução do agente ao distrito, que agiu acobertado por excludente de ilicitude? A lei nada diz a respeito. A doutrina abalizada, representada por Eduardo Cabette, defende que sim, o delegado pode não lavrar o auto de prisão nesses casos e liberar a pessoa.

O autor conclui seu raciocínio da seguinte forma: “Conclui-se, assim, que não resta dúvida de que cabe ao Delegado de Polícia a análise completa da existência de uma infração penal com todos os seus elementos e não somente a perfunctoria verificação da tipicidade formal para a deliberação da lavratura ou, mesmo após esta, da custódia de um cidadão. Diverso entendimento resultaria em verdadeira esquizofrenia jurídica que, como todo ato insano, pode resultar em consequências funestas” (CABETTE).

c) Não sendo o caso do art. 310, parágrafo único, a próxima análise é o cabimento da liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, a depender da necessidade de acautelamento com fulcro no art. 282, inciso I, do diploma processual.

As demais medidas cautelares serão analisadas uma a uma no mesmo Capítulo 5, que trata da liberdade provisória. Mas, desde já, cabe a citação dos dispositivos para apresentar o extenso rol, verdadeiro leque de opções à disposição do magistrado para tutelar o processo, sem a necessidade de prender. Definitivamente, a prisão, por representar em si mesma a relativização do direito fundamental à liberdade, não pode ser a única técnica processual para assegurar o provimento jurisdicional futuro. Sabe-se, há muito, que o cárcere, ainda mais o cárcere a título cautelar, deve ser resguardado para as situações mais danosas à sociedade, e não como regra.

O rol de medidas que devem ser utilizadas como regra, deixando a prisão preventiva como exceção, são as seguintes (art. 319):

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

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;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por

circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

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;

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;

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;

IX – monitoração eletrônica.

A utilização da prisão preventiva de forma inadequada, ou seja, ignorando que é subsidiária às demais medidas cautelares, configurará constrangimento ilegal sanável via remédio heroico do *habeas corpus*.

Se o juiz somente poderá decretar a preventiva se presentes os seus requisitos (art. 312) e “se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”, entendemos que, a partir da Lei n. 12.403/2011, entendemos que a decisão judicial que decreta a preventiva deve apontar concretamente os seus requisitos, bem como os motivos pelos quais cada uma das medidas cautelares diversas da prisão, que têm aplicação preferencial a esta, não se revelam adequadas e suficientes. Do contrário, a regra da excepcionalidade da prisão preventiva tornar-se-ia letra morta.

d) Por último, e esta é uma imposição legal, será verificada a possibilidade de converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, modalidade de prisão cautelar que será analisada no capítulo seguinte.



### **Prisão Preventiva**

#### **1. Noções gerais**

A prisão preventiva está retratada no Capítulo III, do Título IX, do Código de Processo Penal.

Ela pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal.

O art. 311 amplia o intervalo de tempo em que é possível decretar a prisão preventiva.

Antes da Lei n. 12.403/2011, o artigo colocava como marco final para essa decretação – prisão preventiva – o fim da instrução criminal.

Agora, pode ser decretada em qualquer fase da ação penal, inclusive após a instrução criminal, mesmo em fase para recurso.

A única premissa procedimental a ser observada para a decretação da preventiva é a coisa julgada. Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, impossível decretar a preventiva.

Isso acontece porque a prisão preventiva é uma medida cautelar e, como tal, serve para acautelar o processo. Após o trânsito em julgado, o processo termina e a pena será executada. Sem processo, sem cautelar.

Outra questão importante é a vedação da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz durante a investigação criminal.

Seja no curso da investigação policial, ou em investigação direta feita pelo representante do Ministério Público, não cabe prisão preventiva decretada de ofício pelo magistrado (com exceção ao art. 20 da Lei Maria da Penha – Lei n. 11.340/2006, para as hipóteses de crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher), mas caberá a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

#### **2. Modalidades de prisão preventiva**

A prisão preventiva poderá ser decretada como:

a) garantia da ordem pública;

- b) garantia da ordem econômica;
- c) por conveniência da instrução criminal;
- d) para assegurar a aplicação da lei penal.

Além de preencher tais modalidades, a lei exige, de forma correta, um mínimo de elementos de prova.

Na própria redação do *caput* do art. 312, afirma-se que, para decretar a preventiva, deve existir prova da existência do crime (também denominada materialidade do delito) e indícios suficientes de autoria.

Sem a materialidade do crime comprovada ou se ausentes quaisquer indícios que apontem o acusado como autor, não é possível decretar a prisão preventiva.

Caso o juiz assim o faça, a prisão será ilegal (por contrariar a lei, art. 312 do CPP) e poderá ser impugnada via *habeas corpus*, com pedido liminar.

Além das hipóteses de prisão preventiva em referência, a Lei n. 12.403/2011, no parágrafo único do art. 312, inovou com a possibilidade de decretação da preventiva “em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”. A respeito de tal previsão legal, surgiram duas correntes doutrinárias:

- a) A primeira entende que se trata de uma nova modalidade de prisão preventiva que, para ser decretada, basta o descumprimento de qualquer das medidas cautelares. Para essa corrente, esta prisão não precisa estar vinculada à necessidade de assegurar a ordem pública, a ordem econômica, conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal.
- b) A segunda corrente entende que não se trata de uma nova modalidade de prisão preventiva, pois, em caso de descumprimento das medidas cautelares, a preventiva, ainda que venha a ser decretada, deverá estar respaldada em alguma das hipóteses do art. 312, *caput*, do CPP. É dizer, a prisão preventiva não seria consequência automática do descumprimento das outras medidas cautelares. Filiamo-nos a essa corrente.

### **3. Hipóteses de cabimento e vedações à decretação da preventiva**

O cabimento da prisão preventiva depende da conjunção de uma série de fatores.

**Atenção:** todos os fatores que serão apresentados em seguida devem ser analisados em conjunto.

Em primeiro lugar, os requisitos essenciais de toda e qualquer medida cautelar (incluindo a prisão preventiva): os princípios da necessidade e da adequação.

Em segundo lugar, a presença da prova da materialidade e de indícios de autoria.

Em terceiro lugar, a presença de uma das modalidades de prisão preventiva, quais sejam, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal. Em caso de descumprimento das medidas cautelares, é preciso demonstrar a presença de uma das modalidades de prisão acima, além dos motivos pelos quais o juiz entendeu não ser suficiente a substituição ou a cumulação de medidas cautelares diversas da prisão (art. 282, 4º).

Por fim, devem ser observadas as regras do art. 313 do Código de Processo Penal, que traz o seguinte texto:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

- I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;
- III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

**Atenção:** do inciso I extrai-se que a prisão preventiva é vedada às contravenções penais e aos crimes culposos, bem como aos acusados da prática de delitos dolosos cuja pena máxima prevista em abstrato seja inferior ou igual a

4 anos.

Acima dos 4 anos, é possível a prisão preventiva (mas não obrigatória, tampouco automática), respeitados os arts. 282 (princípios) e 312 (modalidades).

**Importante:** há duas correntes a respeito do momento em que se pode analisar a pena máxima de 4 anos para efeito de vedação da prisão preventiva:

- a) Pena em abstrato: para essa corrente, a análise do cabimento da prisão preventiva deve permanecer vinculada à pena máxima prevista em abstrato em determinado tipo legal. Ainda que sobrevenha sentença condenatória recorrível inferior ou igual a 4 anos, se a pena máxima prevista no tipo legal for superior àquele período, caberá prisão preventiva para impedir o recurso em liberdade (se presentes os demais requisitos da preventiva).
- b) Pena em abstrato e em concreto: nesta perspectiva, entende-se que o legislador pretendeu vedar a prisão preventiva sempre que a pena cominada fosse igual ou inferior a quatro anos, independentemente se a cominação se deu em abstrato ou em concreto no bojo de sentença penal recorrível. Assim, para ilustrar, no crime de roubo simples (*caput*), cuja pena máxima abstrata supera 4 anos, mas que no caso concreto, cujo réu é primário e não haja qualquer informação concreta a justificar o acautelamento do processo por meio de prisão, é possível que a pena fixada em sentença recorrível não supere 4 anos, hipótese em que será vedada a prisão preventiva e, assim, o réu poderá recorrer em liberdade. Note, não se está afirmando que não seria cabível outra medida cautelar diversa da prisão, mas apenas que a prisão preventiva estaria vedada.

Do inciso II, a conclusão é outra: se o réu for reincidente em crime doloso, ele poderá ser preso preventivamente, se presentes os demais requisitos (282 + 312), não importando mais, para ele, a pena máxima em abstrato prevista para o crime cometido. Vale ressaltar que a simples reincidência, segundo entendimento jurisprudencial majoritário, não é fundamento apto, por si só, para justificar a decretação da prisão preventiva.

Do inciso III, verifica-se a preocupação do legislador em proteger, de forma mais ampla, não importando a pena máxima prevista em abstrato, vítimas de violência doméstica e familiar.

Essas vítimas – ao contrário da Lei n. 11.340/2006, que só protege as

mulheres – podem ser mulheres, crianças, adolescentes, idosos, enfermos ou pessoas com deficiência, sempre para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

O art. 316 corrobora a intersecção entre a prisão e os princípios das cautelares. O texto legal desse artigo diz que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Por fim, ressalta-se, nos termos do art. 315 do Código de Processo Penal, sempre que o juiz decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva deverá motivar o seu convencimento, apontando, em nosso entender, além do preenchimento dos seus requisitos, as razões pelas quais entendeu que as demais medidas cautelares diversas da prisão são insuficientes e inadequadas. Trata-se de observância, sobretudo, do art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

#### **4. A prisão domiciliar**

A chamada prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, em tempo integral, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Sem a autorização do juiz, a saída da residência da pessoa acarretará a revogação da prisão domiciliar e o seu retorno ou ida para o presídio comum. Não parece razoável deixar de aplicar a prisão domiciliar, substitutiva à prisão preventiva, quando, apesar de presentes os seus requisitos, o réu for pobre e desprovido de residência. Em tal circunstância, revela-se mais proporcional permitir a prisão domiciliar em albergue ou na residência de familiares/amigos.

**Atenção:** em situações justificáveis, emergenciais, em que a integridade física da pessoa está em risco, obviamente poderá sair de seu domicílio, sem que sua prisão domiciliar seja revogada. Exemplos: inundação, incêndio, risco de desabamento, invasão de terceiros, esbulho com violência, coação moral irresistível etc.

A pessoa fica presa, sem a sua liberdade de ir e vir, mas não no presídio, e sim em sua residência. Uma questão prática sem aparente solução é se o juiz, ao deferir a prisão domiciliar, deve expedir alvará de soltura ou determinar a remoção do preso da unidade prisional até a sua casa. A solução mais operacional parece ser a expedição do alvará de soltura, justificando a sua saída do presídio, e a subsequente expedição de *mandado de prisão domiciliar*.

A prisão domiciliar só é cabível nas hipóteses em que caiba a prisão preventiva.

Se não for cabível a prisão preventiva, como, por exemplo, para os crimes culposos, de forma alguma a prisão domiciliar poderá ser decretada.

Isso porque a prisão domiciliar é uma prisão preventiva, só que cumprida em local diverso do presídio.

O art. 318 nos traz as hipóteses taxativas, e não exemplificativas, em que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela prisão provisória domiciliar.

Somente será cabível essa substituição quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Para concretizar essa substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Assim, o juiz exigirá a certidão de nascimento da pessoa com mais de 80 anos de idade; o atestado médico emitido por estabelecimento público, ou confirmado por ele, provando o estado debilitado da pessoa por força de doença grave; a certidão de nascimento da pessoa menor de 6 anos que precise de cuidados; o laudo pericial da deficiência da pessoa portadora de necessidades especiais; e o atestado de gravidez, sendo necessária a indicação médica do tempo de gestação ou do alto risco.



## **Liberdade Provisória, com ou sem Cautelares**

A liberdade provisória é regra geral no âmbito do processo penal.

Ausentes os requisitos da prisão preventiva, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, com ou sem a aplicação de outras medidas cautelares, a depender da existência da necessidade de acautelamento do processo. Em outras palavras, os requisitos da prisão preventiva representam um plus em relação aos requisitos das demais cautelares. É possível, assim, que em determinada situação estejam ausentes os requisitos da preventiva, mas presentes os requisitos de cautelaridade das demais medidas. Da mesma maneira, é possível que estejam ausentes os requisitos da preventiva, bem como os das demais cautelares, hipótese em que o juiz deverá conceder a liberdade provisória sem aplicar nenhuma medida cautelar. Em suma, é correto afirmar que a liberdade provisória pode ou não representar a ausência de cautelaridade.

Portanto, primeiro o juiz deve conceder a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. Caso elas se mostrem infrutíferas para proteger a verdade do processo, ou sejam descumpridas, nasce para o juiz a possibilidade, desde que respeitados os arts. 282, 312 e 313, excepcionalmente, de decretar a prisão preventiva.

Essa é a regra prevista no art. 282, § 8º, e no art. 321 do Código de Processo Penal: “Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”.

**Atenção:** a liberdade provisória é a *regra*. A prisão preventiva é a *exceção*.

### **1. Outras medidas cautelares**

A liberdade provisória pode ser concedida com ou sem medidas cautelares diversas da prisão.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- 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;
- III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- 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;
- 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;
- 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;
- IX – monitoração eletrônica.

Além das medidas cautelares do art. 319, há ainda uma última medida cautelar prevista no art. 320:

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Trata-se da entrega do passaporte, em 24 horas após a intimação do juiz competente.

Além da entrega, como forma de dificultar o descumprimento da medida, o juiz comunicará às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional a vedação atribuída àquele acusado.

Essa medida não é inusitada. Acaba sendo frequente em crimes federais, que envolvam mais de um país, como no caso do tráfico internacional de drogas.

## 2. Fiança

### ***Arbitramento da fiança pela autoridade policial***

A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

O art. 332 completa a regra: “Em caso de prisão em flagrante, será competente para conceder a fiança a autoridade que presidir ao respectivo auto, e, em caso de prisão por mandado, o juiz que o houver expedido, ou a autoridade judiciária ou policial a quem tiver sido requisitada a prisão”.

Depois de prestada a fiança pela autoridade judicial, que será concedida independentemente de audiência do representante do Ministério Público, o promotor terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente.

**Atenção:** a fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória (art. 334).

Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

A pena máxima prevista no tipo penal, se superior a 4 anos, não autoriza o delegado a arbitrar a fiança. Se ele assim o fizer, estará invadindo a esfera de competência do juiz, e sua decisão será cassada pelo magistrado que proferirá outra.

### ***Hipóteses de inafiançabilidade***

Tanto a Constituição quanto o Código de Processo Penal dispõem expressamente sobre os delitos que não admitem a fiança.

Os dispositivos constitucionais estão no art. 5º:

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça

ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Já o Código de Processo Penal cuida da matéria no art. 323, que apresenta as hipóteses de inafiançabilidade da seguinte forma:

Não será concedida fiança:

I – nos crimes de racismo;

II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Trata-se do que se convencionou chamar de limitação *material* da medida cautelar da fiança.

Além dela, há também a limitação *processual* da fiança (art. 324 do CPP).

O dispositivo em referência estipula que não será concedida fiança:

I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II – em caso de prisão civil ou militar;

IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

O inciso III foi revogado pela Lei n. 12.403, de 2011.

### **O valor da fiança**

O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder – autoridade policial ou autoridade judiciária – nos seguintes limites:

I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4

(quatro) anos;

II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I – dispensada, na forma do art. 350 deste Código – caso de réu pobre.

II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração:

- a) a natureza da infração;
- b) as condições pessoais de fortuna;
- c) vida pregressa do acusado;
- d) as circunstâncias indicativas de sua periculosidade;
- e) a importância provável das custas do processo, até o final do julgamento.

A fiança consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

A avaliação dos bens – imóvel, pedras, objetos ou metais preciosos – será feita imediatamente por perito nomeado pela autoridade.

Quando a fiança consistir em caução de títulos da dívida pública, o valor será determinado pela sua cotação em Bolsa, e, sendo nominativos, exigir-se-á prova de que se acham livres de ônus.

O valor em que consistir a fiança será recolhido à repartição arrecadadora federal ou estadual, ou entregue ao depositário público, juntando-se aos autos os respectivos conhecimentos.

Parágrafo único. Nos lugares em que o depósito não se puder fazer de pronto, o valor será entregue ao escrivão ou pessoa abonada, a critério da autoridade, e dentro de três dias dar-se-á ao valor o destino que lhe assina este artigo, o que tudo constará do termo de fiança.

### ***Obrigações decorrentes da fiança***

A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante

a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento.

Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada (perda de metade de seu valor).

O réu afiançado também não poderá, sob pena de quebraimento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

### ***Destinação dos valores da fiança***

O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

### ***Destinação do valor da fiança em caso de absolvição***

Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.

Por razões óbvias, os valores recolhidos à título de fiança são devolvidos para o acusado em duas ocasiões, previstas na lei:

- a) Se a fiança for declarada sem efeito.
- b) Se passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal.

Em ambos os casos, os valores serão integralmente restituídos, com correção monetária.

### ***Cassação da fiança***

A fiança que se reconheça não ser cabível na espécie será cassada em qualquer fase do processo.

Caso, após a instrução, o juiz conclua que o delito a ser apurado é infiançável, no caso de inovação na classificação do delito, deve cassar a fiança.

### **Reforço da fiança**

O reforço da fiança é a complementação do valor que já fora anteriormente recolhido, na mesma ação penal.

O art. 340 do Código de Processo Penal determina:

Será exigido o reforço da fiança:

- I – quando a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente;
- II – quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas;
- III – quando for inovada a classificação do delito.

Parágrafo único. A fiança ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão, quando, na conformidade deste artigo, não for reforçada.

### **Quebramento da fiança**

Como já explicado, a quebra da fiança é a perda de metade de seu valor.

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

- I – regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;
- II – deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
- III – descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;
- IV – resistir injustificadamente a ordem judicial;
- V – praticar nova infração penal dolosa.

Sobre quebramento da fiança, mais duas regras são importantes:

Art. 342. Se vier a ser reformado o julgamento em que se declarou quebrada a fiança, esta subsistirá em todos os seus efeitos.

Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.

### ***Perda da fiança***

Entender-se-á perdido, *na totalidade*, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.

Após a condenação com trânsito em julgado, o réu, que estava em liberdade provisória por força da garantia da fiança, deve comparecer para cumprir sua pena.

Se não o fizer, perderá todo o valor depositado para o fundo penitenciário, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, na forma da lei.

**Atenção:** nos casos em que a fiança tiver sido prestada por meio de hipoteca, a execução será promovida no juízo cível pelo órgão do Ministério Público. Se a fiança consistir em pedras, objetos ou metais preciosos, o juiz determinará a venda por leiloeiro ou corretor.

### ***Fiança no caso de réu pobre***

Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória sem fiança, sujeitando o investigado ou acusado às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 do Código de Processo Penal.

Já estudamos que a Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, alterou muitas regras do CPP relacionadas à prisão e às medidas cautelares.

Antes da redação do Código de Processo Penal de 1941, não havia a preocupação legislativa com a liberdade provisória para as pessoas destituídas de recursos financeiros.

Na década de 40 do século passado, o equívoco foi explicado por Nelson Hungria: “foi corrigida uma iniquidade da lei vigente, permitindo-se que, ao acusado inteiramente baldo de recursos para prestar a fiança, seja concedida, mediante certas condições, a liberdade provisória”.

A atual redação do art. 350 do Código de Processo Penal, após a recentíssima mudança de redação da Lei n. 12.403/2011, cuida da possibilidade

de o juiz conceder a liberdade provisória para o acusado sem arbitrar fiança, nos casos em que a pessoa presa cautelarmente não tiver situação econômica compatível com o recolhimento de dinheiro ou objetos de valor, como forma de caucionar sua presença e colaboração processual.

A pobreza não é apenas a miséria total. Basta não ter condições de acautelar o processo sem prejudicar o seu sustento ou de sua família para ter o direito potencial, decidido pelo magistrado.

Para explicar as bases dogmáticas do art. 350 do Código de Processo Penal, vamos utilizar os ensinamentos de Hélio Tornaghi.

Tornaghi nos mostra que a lei brasileira – não modificada nessa reforma no ponto que estamos apresentando – estatui duas cautelas:

- 1) *Inexigibilidade*: a lei deixa a critério do juiz a avaliação da conveniência de conceder a liberdade ou negá-la.
- 2) *Judicialidade*: somente o juiz tem o poder de arbitrar a liberdade provisória sem fiança no caso de pessoa presa sem condições econômicas.

Além das cautelas, Tornaghi ainda elenca dois requisitos:

- 1) Afiançabilidade.
- 2) Pobreza, impossibilitando o recolhimento do valor da fiança.

### **3. Medidas cautelares diversas da fiança**

A nova redação do art. 350 ficou dessa forma: “nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso. Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código”.

O legislador adaptou a dispensa de recolhimento de valor para réu pobre com a nova sistemática das cautelares do CPP. Dessa forma, o réu não precisará recolher a fiança, mas poderá receber do juiz outras incumbências de igual natureza cautelar, previstas nos arts. 327 e 328 do CPP, a saber:

Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Novidade da reforma é a possibilidade de o juiz fixar, além das cautelares dos arts. 327 e 328, outras medidas cautelares, como as previstas na nova redação do art. 319. O magistrado deve ter discernimento para escolher medidas cautelares compatíveis com a impossibilidade financeira do acusado.

Em caso de descumprimento das obrigações dos arts. 327 e 328, ou de outras medidas cautelares fixadas pelo juiz, aplica-se o § 4º do art. 282: “(...) o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)”.

Concluindo, a fiança não se revela adequada em caso de pobreza do atuado/réu. Do contrário, imagine que, estando ausentes os requisitos da preventiva (furto *caput*, primário), o juiz conceda a liberdade provisória com fiança. O valor arbitrado, considerando a pobreza do preso, representará a sua prisão preventiva por via indireta. No mais, aquele que se vê defendido pela Defensoria Pública, instituição pública destinada constitucionalmente à defesa dos carentes (art. 134 da Constituição Federal), não pode ser obrigado a recolher fiança para fazer jus à liberdade.

De fato, defendemos que é preciso fixar o entendimento de que o usuário da Defensoria Pública tem em seu favor, para efeito de isenção da fiança, a presunção da incapacidade econômica para o seu recolhimento.



### Prisão Temporária e outras Modalidade de Prisão

#### 1. Noções gerais

A Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, dispõe sobre prisão temporária. Inicialmente foi incorporada em nosso ordenamento jurídico por força da Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989, e somente depois substituída pela lei até hoje vigente.

Não temos previsão legal a respeito dessa modalidade de prisão em nosso Código de Processo Penal, apenas em legislação extravagante.

A prisão temporária, como o próprio nome diz, é decretada por um período certo de tempo.

Serve para acautelar a investigação criminal, e não o processo.

Há críticas na doutrina a respeito da criação e da existência da prisão temporária.

Alguns a denominam exceção à prisão cautelar, pois é decretada não com base em sua necessidade – *fumus boni iuris* –, e sim para se descobrir quem foi o autor do delito (SOUZA e SILVA, p. 515).

Os mesmos autores lamentam a possibilidade da decretação da prisão temporária sem a observância do pressuposto da necessidade cautelar, funcionando como uma prisão preventiva antecipada e com menos requisitos de aplicação.

A prisão temporária só pode ser decretada antes do recebimento da denúncia. Assim, o sujeito passivo – o que é preso – da prisão temporária é o suspeito ou o formalmente indiciado.

Só pode ser decretada por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa (§ 4º, art. 2º).

**Atenção:** a prisão *somente* poderá ser executada depois da expedição de

mandado judicial.

Na hipótese de representação da autoridade policial pela decretação da prisão temporária, o juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. O juiz ainda pode, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e da Defesa, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

A decisão que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentada e prolatada no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

**Importante:** em todas as comarcas e seções judiciárias haverá um plantão permanente de 24 (vinte e quatro) horas do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública para apreciação dos pedidos de prisão temporária (art. 5º).

## 2. Hipóteses de cabimento

O art. 1º da Lei n. 7.960/89 prevê:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2º);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);

- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986).

As hipóteses autorizadas pela lei para a decretação da prisão temporária são taxativas, ou seja, não se pode prender temporariamente alguém fora das hipóteses previstas nos incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/89.

Ela só pode ser decretada se imprescindível para o bom andamento das investigações policiais; se o indiciado ou suspeito não possui residência fixa ou não fornece dados necessários ao esclarecimento de sua identidade; em caso de fundadas razões de autoria ou participação em algum(uns) dos crimes previstos nas alíneas *a* até *o*, do art. 1º da lei.

A doutrina majoritária interpreta as hipóteses de cabimento da prisão temporária da seguinte forma: o inciso III, com a lista de crimes, deve estar associado, pelo menos, com o inciso I ou com o inciso II.

Não se pode prender alguém exclusivamente por força do inciso III, pois isso seria contrário ao princípio da presunção de inocência.

Ora, se todos são juridicamente inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º), não pode uma lei infraconstitucional ir contra essa disposição constitucional. A culpa só será firmada após o trânsito em julgado, logo, durante a investigação, não se pode prender, *apenas*, por suspeitar de autoria ou participação em ilícitos penais previstos no rol do art. 1º da lei.

Extrai-se dessa conclusão a necessidade de um mínimo lastro cautelar para a sua decretação, o que pode ser encontrado nos incisos I ou II do art. 1º.

**Conclusão:** para o juiz decretar a prisão temporária, *somado* ao inciso III precisa de, *no mínimo*, a presença do inciso I ou a presença do inciso II.

### 3. Prazo de duração

A prisão temporária será decretada pelo juiz, com base na representação da autoridade policial ou no requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

O prazo geral é de 5 dias, prorrogável por mais 5 dias, desde que a prorrogação seja justificada, com base na necessidade da manutenção da medida. É o juiz que determina a prorrogação, ela não é automática.

Decorrido o prazo de 5 (cinco) dias de prisão temporária, o preso deverá ser colocado imediatamente em liberdade, sem que seja necessário aguardar ordem judicial nesse sentido. Não pode a liberdade de uma pessoa ficar condicionada às burocracias e idas e vindas de pedidos do distrito policial ao fórum, e vice-versa.

Há outro prazo previsto em lei especial, de duração diferente da prisão temporária: a Lei dos Crimes Hediondos – Lei n. 8.072/90.

Diz o § 4º do art. 2º da Lei n. 8.072/90: “A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

E o art. 2º cuida dos crimes hediondos (os previstos no art. 1º da Lei n. 8.072/90), além dos delitos equiparados aos hediondos, quais sejam, tráfico de drogas, terrorismo e tortura.

**Resumo:** a regra geral é a duração de 5 dias, prorrogável por mais 5 dias. A exceção fica por conta dos crimes hediondos e equiparados, com duração da prisão temporária de 30 dias, prorrogável por mais 30 dias.

O que acontece se o preso ficar recolhido por mais tempo do que manda a lei?

A resposta é: haverá abuso de autoridade.

A Lei n. 7.960/89 modificou a Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965), para prever expressamente a alínea *i*, em seu art. 4º, nos seguintes termos:

Art. 4º (...) *i*) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

#### **4. Separação dos presos**

O art. 3º da lei determina a separação dos presos temporários dos demais detentos.

A lei usa a expressão *deverão permanecer, obrigatoriamente, separados*, ou seja, não há que se falar em impossibilidade de separação por falta de vagas ou outro problema estrutural. Ou bem se cumpre a determinação legal, ou bem será cabível mandado de segurança em matéria criminal.

O mesmo se aplica ao art. 300 do Código de Processo Penal que passou a determinar categoricamente a separação dos presos provisórios dos presos com condenação transitada em julgado.



### **Análise Tópica das Medidas Cautelares**

Após a apresentação dos principais temas e dispositivos relacionados à prisão no Código de Processo Penal, importante canalizarmos, agora, nossos esforços para estudarmos, de forma bem clara, a prisão e a liberdade provisória.

O estudo agora será feito de forma visual, com um resumo das informações mais importantes, para facilitar o seu estudo.

Trata-se do mesmo objeto de estudo e aplicação pelos diversos atores do sistema de justiça: defensores públicos, magistrados, promotores, procuradores e advogados etc.

A ideia do presente capítulo é mapear os novos caminhos da prisão e da liberdade provisória, após as alterações advindas pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011.

A forma por nós desenvolvida para apresentar as principais informações foi a seguinte: separamos cada uma das hipóteses de prisão e, depois, as de liberdade provisória com base na lei, fazendo uma interpretação conjunta dos dispositivos, de forma visual.

Para leitura, compreensão e memorização, utilizaremos a seguinte metodologia:

- I – Primeiro abordaremos a prisão preventiva e suas 4 (quatro) principais hipóteses de cabimento.
- II – Depois focaremos na liberdade provisória e suas 4 (quatro) hipóteses de cabimento.
- III – Em terceiro lugar estudaremos outras hipóteses de prisão ainda previstas na lei, ou seja, aquelas que continuam vigentes e válidas.
- IV – Por último, trataremos das modalidades de prisões já revogadas, que não podem mais ser decretadas, pois perderam seu fundamento legal. Atenção redobrada nesse ponto do capítulo, para não memorizar modalidades de prisão que não estão mais em vigor, desde 2011.

## **Penal)**

- 1) Réu primário + Pena máxima de até 4 anos (inclusive) = NÃO CABE PRISÃO PREVENTIVA.
- 2) Réu primário + Pena máxima maior de 4 anos = CABE PRISÃO PREVENTIVA.
- 3) Réu reincidente = CABE PRISÃO PREVENTIVA.
- 4) Violência doméstica + garantir a execução das medidas protetivas de urgência = CABE PRISÃO PREVENTIVA.

A única hipótese em que a pena máxima prevista na lei para os tipos penais importa é a primeira delas, ou seja, quando o réu for primário e a pena não ultrapassar 4 anos de prisão (inclusive).

Todas as demais hipóteses independem da quantidade da pena máxima prevista em abstrato. Se o réu for reincidente, ou se for caso de violência doméstica ou familiar, a prisão preventiva tem cabimento, em tese.

Em tese porque, por razões óbvias, a prisão preventiva só será considerada legítima, impedindo sua revogação posterior, se presentes os fundamentos jurídicos (leitura conjunta dos arts. 282, 312 e 313 do CPP) e fundamentos fáticos (situação concreta que demonstre risco à ordem pública ou ordem econômica; ou para assegurar a aplicação da lei penal ou para a conveniência da instrução criminal).

**Cuidado:** fundamentos fáticos são diferentes de repetir o que a lei diz. Não basta afirmar que está prendendo para garantir a ordem pública. É preciso mostrar, na prática, algum fato concreto, diferente da infração cometida, que faça o juiz deduzir que a ordem pública está em risco.

**Atenção:** o magistrado deve, em primeiro lugar, buscar acautelar o processo com as novas medidas cautelares dos arts. 319 e 320 do CPP. A decisão que decreta a preventiva diretamente, sem avaliar a adequação e a suficiência de outras medidas cautelares menos gravosas e, por vezes, mais eficazes, estará desrespeitando a excepcionalidade da prisão preventiva.

## **2. Liberdade Provisória (LP) – arts. 310, III, e 321**

- 1) LP sem fiança e sem outras cautelares = hipóteses de excludente de ilicitude (art. 310, parágrafo único), bem como em todas as oportunidades em que não estiver presente a cautelaridade. Basta comparecer aos atos do

processo, sem nenhuma obrigação adicional.

- 2) LP sem fiança e com outras cautelares = para crimes inafiançáveis (hediondos e equiparados). Não há vedação legal para a decretação judicial das demais cautelares dos arts. 319 e 320 (ex.: monitoração eletrônica + proibição de sair da comarca + entrega de passaporte).
- 3) LP com fiança e sem outras cautelares = para crimes com repercussão patrimonial ou réu com condições financeiras, em que a cautelar da fiança seja a única medida adequada e necessária, sendo desnecessário utilizar as novas medidas (art. 319).
- 4) LP com medidas cautelares e sem fiança = para crimes praticados por réu pobre (art. 350). Aqui, em tese, caberia a fiança, mas o art. 350 veda o arbitramento da garantia de fiança para réus sem poder econômico.

Para todas as hipóteses em que não se pode decretar a prisão preventiva, cabe a liberdade provisória.

Temos, portanto, 4 (quatro) modalidades de liberdade provisória. Cada uma delas deve ser adotada, em regra, para a sua situação específica prevista na lei.

### 3. Outras hipóteses de prisão processual vigentes

Existem outras hipóteses de prisão processual previstas na lei, não arroladas anteriormente, mas que continuam em vigor ou foram tipificadas pelo legislador quando da aprovação da Lei n. 12.403/2011.

Podemos sistematizá-las da seguinte forma:

- 1) *Prisão preventiva pelo descumprimento das medidas cautelares do art. 319* (art. 312, parágrafo único): caso o réu não cumpra, de forma injustificada, a medida cautelar diversa da prisão fixada pelo juiz ou pela autoridade policial, poderá ter como consequência a decretação da prisão preventiva.

Importante frisar que a prisão, em caso de descumprimento, não é automática e ilimitada.

Ainda persiste sendo a *ultima ratio*, ou seja, deve a autoridade buscar a fixação de outras cautelares, inclusive de forma cumulativa, antes de optar diretamente pela prisão.

- 2) *Prisão preventiva depois de revelada infrutífera a aplicação das medidas*

*cautelares* (art. 282, § 4º): pode acontecer de o juiz fixar medidas cautelares diversas da prisão e, na prática, elas não se mostrarem suficientes para a devida tutela. O réu, mesmo não descumprindo a cautelar, continua colocando em risco a tutela processual.

- 3) *Prisão preventiva cumprida em prisão domiciliar cautelar*: trata-se do preenchimento de todos os requisitos da prisão preventiva (arts. 282, 312 e 313), mas que, por circunstâncias previstas na lei processual (arts. 317 e 318 do CPP), o preso pode ficar recolhido em sua residência.

Em outras palavras, a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência. A pessoa só pode se ausentar da residência com autorização judicial.

O juiz tem a faculdade – e não a obrigação – de substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

- 4) *Prisão em flagrante*: não tem natureza jurídica de prisão cautelar, pois lhe falta o requisito da acessoriedade em relação à ação penal, sendo substituída *ex lege*. A prisão em flagrante só serve para a primeira constrição do agente, preso durante a prática da ação penal ou logo após. Em 24 horas, a autoridade policial envia o auto de prisão formalizado para o juiz que relaxa o flagrante, concede liberdade provisória ou converte o flagrante em preventiva.

- 5) *Prisão temporária*: prevista na Lei n. 7.960/89, que não foi alterada pela reforma.

#### **4. Hipóteses de prisão revogadas**

##### **Atenção:**

Outras hipóteses de prisão desapareceram, foram revogadas, não podem mais ser decretadas. As revogações foram operadas ao longo dos últimos anos

com as reformas legislativas parciais do Código de Processo Penal (2008 e 2011).

A decretação de qualquer das prisões abaixo caracterizará constrangimento ilegal passível de impugnação via *habeas corpus*. São prisões que não mais subsistem:

- 1) prisão administrativa;
- 2) prisão decorrente de pronúncia;
- 3) prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível;
- 4) prisão para apelar;
- 5) prisão em flagrante ao longo da ação penal – a prisão em flagrante não tem força para manter o réu preso no curso do processo: ou converte em prisão preventiva ou concede liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.



### Resumo sobre o Tema

A ideia do presente capítulo é apresentar para você, caro leitor, as principais informações e inovações em matéria de prisões e medidas cautelares.

#### 1) Ampliação do rol de medidas cautelares alternativas à prisão

Os novos arts. 319 e 320 apresentam 10 (dez) medidas cautelares diversas da prisão, as quais possuem aplicação prioritária em relação à prisão preventiva.

#### 2) Prisão preventiva como medida excepcional (*extrema ratio da ultima ratio*)

Segundo Luiz Flávio Gomes, a prisão preventiva não é apenas a *ultima ratio*. Ela é a *extrema ratio da ultima ratio*. A regra é a liberdade; a exceção são as cautelares restritivas da liberdade (art. 319, CPP); dentre elas, vem por último a prisão, por expressa previsão legal (GOMES, p. 74).

#### 3) Compatibilização constitucional das hipóteses de prisão

A reforma legislativa operada por meio da Lei n. 12.403/2011 elimina a péssima cultura do país de prender cautelarmente os que são presumidos inocentes pela Constituição Federal com fundamento, única e exclusivamente, na opinião subjetiva do julgador a respeito da gravidade do fato.

#### 4) Manutenção exclusiva das prisões preventiva e temporária

Não existem mais outras modalidades de prisão cautelar diversas da prisão preventiva (art. 312, CPP) e da prisão temporária (Lei n. 7.960/89).

A prisão para apelar, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, a prisão da sentença de pronúncia e a prisão administrativa estão fora do sistema processual penal brasileiro.

#### 5) Separação obrigatória de presos provisórios dos definitivamente condenados

Antes a lei dizia “quando possível”, o preso provisório ficará separado do preso definitivo. Essa cláusula aberta e facultativa caiu, surgindo para o Estado o dever de separar os presos processuais dos presos definitivos.

## **6) Inexistência de flagrante como prisão processual**

A prisão em flagrante não é medida cautelar. Ela não tem mais o condão de manter o réu preso ao longo da ação penal. O magistrado deve convertê-la em prisão preventiva, de forma fundamentada, ou conceder a liberdade provisória, com ou sem as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319).

## **7) Prisão preventiva decorrente do descumprimento de outras medidas cautelares**

**Importante:** entendemos que a decretação da prisão preventiva não é automática, ainda que haja descumprimento de outras medidas cautelares. O art. 282, § 4º, é categórico ao estabelecer que, antes de decretar a prisão preventiva, é possível a substituição da medida ou a cumulação de outra. Somente em último caso será admitida a prisão e, mesmo assim, em nosso entender, deverá o juiz demonstrar a presença dos demais requisitos da preventiva (art. 312).

## **8) Novo patamar da prisão preventiva: pena privativa superior a 4 (quatro) anos**

Se o réu for primário, e a pena máxima em abstrato cominada para o delito praticado for IGUAL ou INFERIOR a 4 anos, o juiz não terá amparo legal para decretar a prisão preventiva do indiciado/acusado. É uma cláusula legal objetiva.

## **9) Revogação da prisão do réu vadio**

Extirpou-se mais um dispositivo do Código de Processo Penal que, na nossa ótica, sequer havia sido recepcionado pela ordem constitucional de 1988. As ciências criminais, incluindo o direito processual penal, devem ser direcionadas aos fatos praticados, e não desenhadas para atingir as pessoas com base nas circunstâncias subjetivas.

## **10) Disciplina o cabimento da prisão domiciliar**

Surge a prisão domiciliar cautelar. Antes prevista para o cumprimento de pena, agora a ideia migrou para o âmbito da ação penal. As hipóteses legais justificam-se ou pela condição pessoal do agente, ou pela condição de necessidade de seus dependentes.

### **11) Possibilita a concessão da liberdade provisória cumulada com outras cautelares**

Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, *se for o caso*, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 da necessidade e adequação.

### **12) Ampliação das hipóteses de fiança, com aumento de seu valor**

A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Acima desse patamar, apenas o juiz pode fixá-la, em 48 horas após o pedido.

O valor da fiança será fixado dentro dos seguintes intervalos legais: “Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos”, sendo que poderá, dependendo da condição financeira do indiciado/acusado, ser: I – dispensada para o réu pobre; II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou ainda III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

### **13) Acrescenta, no Código de Processo Penal, um novo rol contendo 9 medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do Código de Processo Penal)**

As novas medidas cautelares têm preferência sobre a decretação da prisão preventiva. O magistrado pode optar por uma ou mais cautelares concomitantemente, sempre justificando sua decisão.

### **14) Hipóteses claras de vedação para a fiança**

O art. 323 estabelece que não será concedida fiança: I – nos crimes de racismo; II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

O art. 324 traz outras hipóteses de vedação da concessão da fiança: I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida

ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; II – em caso de prisão civil ou militar; (...) IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

#### **15) Criação de banco de dados de mandados de prisão mantido pelo CNJ**

Inseriu-se um novo dispositivo legal ao CPP: o art. 289-A.

O artigo traz uma norma programática direcionada ao CNJ, pendente de regularização. Trata-se da criação de um banco de dados nacional, contendo todos os mandados de prisão expedidos no País. Assim que a pessoa procurada é presa, compete ao juiz processante informar o CNJ para a necessária atualização das informações.



## Temas Polêmicos sobre Prisão

Nesse último capítulo da parte II do livro, acrescentamos questões que poderão ser elaboradas em classe, ou em trabalhos, exames orais ou avaliações, a respeito dos arts. 282 a 350 do Código de Processo Penal.

O método utilizado consiste em apresentar a questão e, logo em seguida, a resposta que consideramos correta.

A depender do doutrinador, a resposta pode ser diferente. Cuidados especiais.

### **1. Temas polêmicos sobre prisão e medidas cautelares no âmbito da investigação policial**

#### **1. O delegado de polícia pode conduzir o suspeito coercitivamente após prendê-lo em flagrante delito?**

**R.** Sim. Após prender o suspeito em flagrante delito, a polícia tem por dever legal conduzir o preso até o distrito policial. Esse é o procedimento correto a ser adotado pela polícia. No distrito policial, será lavrado o auto de prisão em flagrante para as infrações penais, exceto no caso de infrações de menor potencial ofensivo (art. 61, da Lei n. 9.099/95), que abrangem todas as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse 2 anos, hipóteses em que serão lavrados termos circunstanciados.

#### **2. Existe permissão legal para a autoridade policial impor as medidas cautelares diversas da fiança, previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal?**

**R.** Não. Só há previsão legal para o arbitramento da fiança (art. 322 do CPP) pela autoridade policial e nas hipóteses de crimes apenados, no máximo, em 4 anos. De qualquer forma, por força dos arts. 306 e 310 do Código de Processo Penal, a autoridade policial, em 24 horas, deve enviar o auto de prisão em flagrante para o juiz apreciar essa decisão, podendo mantê-la ou modificá-la, motivadamente.

#### **3. O juiz pode criar outras medidas cautelares, além das previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal?**

**R.** Não. Medidas cautelares processuais penais são somente as previstas em lei, pois cada uma delas restringe parcela da liberdade do acusado. Só serão legítimas se previstas expressamente na legislação processual penal. Além disso, entendemos que não há o poder geral de cautela no processo penal. Em outras palavras, o juiz penal não pode inventar outras cautelares que entenda adequadas e necessárias, pois estaria desrespeitando o princípio da legalidade estrita.

**4. O delegado de polícia pode aplicar fiança aos crimes punidos com até 4 anos de prisão. Como ficaria nos casos de crime tentado e causas de aumento de pena?**

**R.** Deve-se levar em consideração a menor diminuição na tentativa (1/3) e o maior aumento, na causa de aumento prevista na Parte Geral ou Especial.

Por exemplo, o crime de estelionato. Pena de 1 a 5 anos. Logo, pena máxima de 5 anos. Isso significa que a autoridade policial não está autorizada por lei a arbitrar a fiança, por estar acima do teto dos 4 anos.

Entretanto, imagine que o crime de estelionato foi tentado. No caso de tentativa, aplica-se o redutor previsto no art. 14, II, CP – redução de 1/3 a 2/3.

Para se chegar à pena máxima possível em abstrato, a redução terá que ser a menor possível – 1/3. Subtraindo 1/3 (1 ano e 8 meses) de 5 anos, chegamos ao patamar de 3 anos e 4 meses de pena máxima para o estelionato tentado.

Conclusão: a pena de 3 anos e 4 meses está abaixo dos 4 anos de teto que permite à autoridade policial a arbitrar a fiança. Portanto, nas hipóteses de tentativa de estelionato, o delegado está autorizado a arbitrar a fiança.

**5. A Lei processual penal pode ser aplicada antes do prazo final da *vacatio legis* prevista?**

**R.** Depende. Se a nova lei, como aconteceu com a lei de prisões e medidas cautelares, traz regras que garantem a liberdade ou que são mais benéficas ao acusado, devem ser imediatamente aplicadas. Qualquer novo acervo de direitos e garantias não pode ficar pendente diante do formalismo de publicidade das normas. No conflito entre o direito constitucional à liberdade como regra e a formalidade da lei ordinária (LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), prevalece a regra materialmente constitucional.

**6. Podemos falar em ultratividade de regras antigas e retroatividade de novas regras processuais penais relacionadas à prisão, se favoráveis?**

**R.** Sim. A regra do *tempus regit actum* não se aplica nas hipóteses envolvendo privação ou restrição de liberdade. Se mais benéficas e se ampliarem a tutela da liberdade, entram em vigor de imediato e as regras anteriores têm caráter ultrativo e as posteriores retroativo.

## **2. Temas polêmicos sobre prisão em flagrante delito**

### **1. O que houve com os processos penais em que havia pessoas presas exclusivamente pelo flagrante?**

**R.** Todos os processos foram necessariamente revistos. O juiz tem a obrigação de reanalisar cada caso, pois essa prisão passou a ser considerada ilegal pelo ordenamento jurídico-processual penal. Falta base legal para a manutenção dessa custódia cautelar. Ninguém pode ficar preso em flagrante no curso da ação penal. As opções legais são claras e de todos já conhecidas: ou o juiz relaxa o flagrante, se for ilegal; ou concede liberdade provisória, com ou sem outras medidas cautelares; ou o juiz converte a prisão em flagrante em prisão preventiva, respeitado o conteúdo conjunto dos arts. 282, 312 e 313 do Código de Processo Penal.

### **2. Como é feita a reavaliação da presença dos requisitos da preventiva?**

**R.** Pode ser feita de duas formas: de ofício pelo magistrado, que chama em conclusão os processos em seu gabinete e faz a reanálise de todos os processos com réus presos em flagrante; ou de forma provocada pelo representante do Ministério Público, pelo Advogado, pelo Defensor Público ou até mesmo pelo próprio réu.

O juiz, qualquer que seja a sua decisão, deve fundamentá-la corretamente.

Se não fundamentar ou se fundamentar mal, viola o art. 93, IX, do CPP – prisão ilegal – relaxamento.

Se fundamentar reafirmando o flagrante, fere o art. 310, CPP – prisão ilegal – relaxamento.

O magistrado deve explicar se converterá a prisão em outras medidas cautelares, quais delas serão utilizadas e se decidir pela manutenção da prisão, convertida em preventiva, deverá explicar os motivos, já que agora a prisão cautelar é a última opção.

### **3. As medidas cautelares diversas da prisão podem ser aplicadas nos casos em**

### **que não houve flagrante?**

**R.** Sim. A cautelaridade do processo não está, necessariamente, vinculada ao flagrante. Preenchidos os requisitos do art. 282 (necessidade e adequação), cabe medida cautelar. Se, além dos requisitos do art. 282, ainda estiverem presentes os requisitos dos arts. 312 e 313, caberá a prisão preventiva, desde que as demais medidas cautelares não sejam adequadas e suficientes.

### **4. É possível aplicar uma medida cautelar mais grave do que a pena final do processo a ser eventualmente aplicada?**

**R.** Não. A decisão judicial deve respeitar o princípio da proporcionalidade. Se há possibilidade de cominação de pena restritiva de direitos ou regime aberto, ou seja, se em um prognóstico de pena for possível identificar que o réu, mesmo que venha ser condenado, não cumprirá pena privativa de liberdade em unidade prisional de segurança máxima, não será proporcional determinar a sua prisão a título cautelar.

## **3. Temas polêmicos sobre prisão preventiva**

### **1. Cabe prisão preventiva para crimes com pena inferior a 4 anos, se o agente for reincidente?**

**R.** Sim. Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, não há impedimento legal para a decretação da prisão preventiva (art. 313, II, CPP).

### **2. Cabe prisão preventiva quando as demais cautelares forem insuficientes? Essa insuficiência deve ser teórica ou prática?**

**R.** O juiz irá avaliar o cabimento da preventiva. Como poderia vislumbrar ser cabível a preventiva diretamente, olhando apenas para o passado e o presente, uma vez que todas as 10 outras medidas cautelares (arts. 319 e 320) não serão suficientes?

Parece-nos que a subsidiariedade da preventiva fica ainda mais evidente quando fazemos essa análise. Em outras palavras, deve, em regra, utilizar as demais medidas cautelares para, somente se ineficazes, decretar a preventiva.

O art. 310 do CPP deve ser lido na seguinte ordem:

- a) relaxa a prisão em flagrante, se ilegal;
- b) concede a liberdade provisória sem medidas cautelares;

c) concede a liberdade provisória com medidas cautelares (uma ou mais);

d) converte a prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 282, § 6º).

**4. É possível substituir a cautelar não cumprida por prisão preventiva em qualquer caso?**

**R.** Atenção a essa questão. Temos duas correntes doutrinárias bem divergentes.

A primeira afirma que não. A leitura da lei, para decretar essa prisão, deve ser conjunta com o art. 313, I, II e III do CPP, sob pena de desrespeito à regra da proporcionalidade entre a cautelar e a futura sanção.

Assim, para casos de réu primário e penas máximas em abstrato até 4 anos, nunca será cabível a prisão preventiva, nem mesmo no caso de descumprimento de outras medidas cautelares.

Outra corrente defende que é possível a conversão em qualquer hipótese de descumprimento, mesmo para réus primários e crimes com pena máxima até 4 anos, ou o descumprimento das demais medidas cautelares ficaria sem sanção, tornando inócua a previsão legal.

Nossa posição: ficamos com a primeira corrente. Não pode um lapso do legislador acarretar o afastamento de uma regra positivada. O art. 313, I, CPP é expresso ao não admitir a prisão preventiva naquela hipótese. Não há como afastar essa vedação legal, a não ser com uma modificação legislativa democrática.

**5. É possível converter a preventiva, que é a última hipótese do art. 310 do CPP, em outras cautelares, flexibilizando a situação processual do agente?**

**R.** Sim, desde que não mais presentes os requisitos que justificaram a aplicação da preventiva, e não for o caso de conceder ao acusado liberdade plena e desvinculada do processo.

Em primeiro lugar o juiz decretou a prisão preventiva, por exemplo, por conveniência da instrução criminal, pois uma testemunha estava sendo ameaçada pelo acusado. Após a oitiva da testemunha, desapareceu o motivo que justificava a prisão preventiva do réu que, por essa razão, deve ser colocado em liberdade.

**6. A prisão preventiva pode ser decretada nas hipóteses de causa excludente de ilicitude (art. 23 do Código Penal)?**

**R.** Não. O art. 314 do CPP prevê que a prisão preventiva em nenhum

caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 23 do CP.

#### **7. Como ficou a questão da prisão domiciliar?**

**R.** Ela só existe em substituição à prisão preventiva. Se for caso de prisão preventiva e preenchida uma das hipóteses do novo art. 318 do CPP, substitui a preventiva pelo recolhimento domiciliar provisório. Nos casos em que não couber a preventiva (p. ex., crimes cuja pena máxima seja de até 4 anos e a pessoa não seja reincidente), não há que se falar em prisão domiciliar.

Conclusão: a prisão domiciliar só existirá para os casos em que já tiver sido decretada a prisão preventiva. Não existe prisão domiciliar autônoma e independente.

#### **4. Temas polêmicos sobre liberdade provisória**

##### **1. As novidades da Lei n. 12.403/2011 têm impacto na inafiançabilidade de alguns crimes?**

**R.** Não. Trata-se de lei geral. A inafiançabilidade é matéria constitucional (art. 5º, incs. XLII, XLIII e XLIV). As hipóteses foram simplesmente repetidas no Código de Processo Penal.

**Atenção:** nada impede que o juiz utilize as demais medidas cautelares, diversas da fiança, para conceder liberdade provisória ao acusado.

##### **2. Como ficou a prisão administrativa do art. 319 do Código de Processo Penal?**

**R.** Antes ainda era utilizada nos casos de processo de extradição de estrangeiro. Agora, o extraditando pode ser preso cautelarmente, respeitadas as hipóteses dos arts. 282, 312 e 313 do Código de Processo Penal, em conjunto, para assegurar a aplicação da lei penal estrangeira. Não existe mais a previsão daquela prisão administrativa pelo simples fato do preso ser estrangeiro, sem os fundamentos fáticos e jurídicos previstos nas novas regras processuais penais, e muito menos prisão decretada sem a validação anterior (mandado) ou posterior de um magistrado.

##### **3. A prisão especial de jurado foi mantida?**

**R.** Sim. O legislador revogou a prisão especial para jurado prevista no art. 439, mas manteve a prisão especial, para o mesmo caso, no art. 295 do

Código de Processo Penal. Não se pode revogar garantia com base em hermenêutica jurisdicional, abrindo mão do critério da legalidade. Dessa forma, prevalecem todas as prisões especiais previstas no art. 295 do Código de Processo Penal, além de outras previstas em leis especiais (Lei Orgânica da Magistratura, Lei Orgânica do Ministério Público etc.).

#### **4. Cabe liberdade provisória para o acusado de tráfico de drogas?**

**R.** Aqui temos dois posicionamentos.

Para os legalistas, o art. 44 da Lei de Drogas (11.343/2006) veda expressamente a concessão desse benefício: “Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Para os adeptos da hermenêutica garantista constitucional, é perfeitamente possível a concessão. Não pode o legislador engessar o Poder Judiciário, que deve decidir caso a caso, a individualização das cautelares com base na adequação e necessidade concretas da medida, entre elas, a possibilidade de concessão de liberdade provisória.

**Nossa posição:** entendemos que é absolutamente possível a concessão da liberdade provisória ao réu acusado da prática de tráfico de drogas, principalmente se ele for primário, pois, ao final da instrução, caso venha a ser condenado, fará jus ao redutor legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, assim, com fulcro no entendimento do Supremo Tribunal Federal, externado no julgamento do HC 102.678, será possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Ora, se ao final da instrução poderá o réu ser solto, não é proporcional mantê-lo preso cautelarmente, ainda que acusado pela prática de tráfico de drogas.

A Constituição da República fala que ninguém pode ter sua liberdade restringida sem ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. A Constituição não fala em ordem de autoridade legislativa.

Outro argumento foi a alteração da Lei n. 11.464/2007, que eliminou a vedação da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados, entre eles, o tráfico de drogas. E como a Lei data de 2007, é posterior à Lei de Drogas, de 2006.

#### **5. Temas polêmicos sobre a Lei Maria da Penha e o Código de**

## **Processo Penal**

**1. As medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha possuem natureza cautelar? Em caso positivo, há um diálogo entre a Lei n. 11.340/2006 e o Código de Processo Penal, no sentido de ampliação das ferramentas de tutela?**

**R.** Sim. O sistema de proteção à mulher, vítima de violência doméstica encontra-se presente na Lei Maria da Penha e no Código de Processo Penal. O novo rol de cautelares traz hipóteses que poderão ser utilizadas para complementar o sistema de proteção da Lei n. 11.340/2006.

**2. O art. 318, inciso III, do Código de Processo Penal estipula ser cabível a prisão domiciliar quando o agente preso for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência. Tem que existir parentesco direto entre a pessoa presa e a pessoa que necessita dos cuidados especiais?**

**R.** Em nossa opinião, não. Se a lei não limitou expressamente a hipótese, não poderá o aplicador da lei fazê-lo. A regra primordial dos direitos e garantias individuais, expressa na Constituição, é a de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. O que se requer, no caso concreto, é a prova cabal e idônea dessa dependência do menor.

A atual sistemática das entidades familiares está construída com base no afeto, e não na burocracia registral. A Constituição vem admitindo a ampliação da hermenêutica para entidades familiares diversas, o que se coaduna com a interpretação extensiva das regras processuais penais nesse caso.

**3. Está revogada a hipótese de prisão de ofício feita pelo juiz durante o Inquérito Policial na Lei Maria da Penha (art. 20, Lei n. 11.340/2006)?**

**R.** Há dois entendimentos.

Alice Bianchini defende a coexistência da regra geral do CPP, que veda a prisão preventiva decretada de ofício pelo magistrado; e da regra especial da Lei Maria da Penha, que permite o juiz prender de ofício, por força de seu art. 20 (Lei n. 11.340/2006).

Rogério Sanches Cunha e Luiz Flávio Gomes defendem a revogação tácita do art. 20 da Lei Maria da Penha, sendo vedado ao juiz, em qualquer hipótese, decretar de ofício a prisão preventiva (*Prisão e medidas cautelares*. Comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: RT, 2011, p. 140).



## Referências

- ABRÃO, Eliane Yachou. O que é propriedade imaterial. A disciplina: seu conteúdo e limites. *Revista Jus Vigilantibus*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1177>>. Acesso em: 27 dez. 2011.
- AUFIERO, Aniello. *Prisão, medidas cautelares e liberdade provisória*. Manaus: Aufiero, 2011.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.
- BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *O delegado de polícia e a análise de excludentes na prisão em flagrante*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2011/11/07/o-delegado-de-policia-e-a-analise-de-excludentes-na-prisao-em-flagrante>>. Acesso em: 28 dez. 2011.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual*. Comentários à Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Forense, 2011.
- FILLO-CREÃO, André Luiz. *O monitoramento eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.
- GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luis (Coord.). *Prisão e medidas cautelares. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed., São Paulo: RT, 2012.
- HUNGRIA, Nelson. Código de processo penal e lei das contravenções. *Revista Forense*, 1941, p. 561, v. 88.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed., 2009; 7. ed., 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris. v. 1 e 2.
- MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. De acordo com a Lei n. 12.403, de 4-5-2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MARQUES, Ivan Luís. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: RT, 2008.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005. v. 2: Parte especial.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, William. *Manual de processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2010.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.