

**UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO**



**O EXAME PRÉVIO DA ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL NA**  
**PERSPECTIVA DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO**  
**IMPUTADO**

**MARCOS ROGÉRIO PEROTO**

**Canoas, 2006**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL**

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO

**O EXAME PRÉVIO DA ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL NA  
PERSPECTIVA DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO  
IMPUTADO**

MARCOS ROGÉRIO PEROTO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Luterana do Brasil para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva

Canoas, 2006

# **O EXAME PRÉVIO DA ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL NA PERSPECTIVA DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IMPUTADO**

MARCOS ROGÉRIO PEROTO

Dissertação submetida ao Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Luterana do Brasil, como parte dos requisitos necessários para obtenção do título de

Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Fundamentais

Orientador: Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva.

Comissão de Avaliação: Prof. Dr. André Luis Callegari;

Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Júnior;

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

Prof. Dr. Wilson Steinmetz  
Coordenador do PPGDir

Aos meus filhos, Camilla e Nicolas, frutos que não deixam minha existência ser em vão.

À Thais, sempre ao meu lado, pelo apoio, compreensão e incentivo, com muito amor.

A todos os professores do Programa, fontes de experiência e inspiração, pela atenção e dedicação despendidas.

À memória do Professor Doutor Luiz Luisi, ícone de uma visão humanista do Direito.

Aos colegas de mestrado, pela convivência sadia, profícua e alegre. Saudades.

Ao Professor Doutor André Luis Callegari, um dos idealizadores do Mestrado em Direito na ULBRA, primeiro Coordenador do Programa, pela confiança, apoio e inspiração, com votos de muito sucesso em sua nova Instituição.

Ao Professor Doutor Nereu José Giacomolli, ativo membro da Coordenação do Programa, pela compreensão, paciência, exemplo, ensinamentos e por não me deixar esmorecer nesta tarefa.

Ao meu ilustre Orientador, Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva, que já me indicava os caminhos antes de aceitar assumir a orientação, pelo sadio relacionamento e pela indicação serena e tranqüila na correção dos rumos deste trabalho.

## RESUMO

O presente estudo visa a analisar o modelo brasileiro de exame prévio da admissibilidade da ação penal no processo penal, ou seja, do juízo de recebimento da denúncia, particularmente verificando se este atende, ou pode atender, à expectativa de proteção e garantia dos direitos fundamentais consubstanciadas no paradigma constitucional-garantista da Constituição Federal de 1988. Para tanto, inicia-se pela contextualização do sistema processual penal pátrio, com um esboço histórico e uma panorâmica sobre este sistema, o papel reservado aos seus autores, os atos preparatórios da ação penal e os pré-requisitos de seu exercício, tudo para estabelecer os antecedentes lógicos e procedimentais ao juízo de recebimento da denúncia. Seguindo, elabora-se uma revisão dos modelos adotados por vários outros países, objetivando extrair aspectos aplicáveis ao direito brasileiro. Em continuação, faz-se uma análise da natureza jurídica deste ato judicial, da norma geral e suas exceções, passando pela posição jurisprudencial e doutrinária sobre o tema e por proposições de alterações legislativas. Aponta-se, em seguida, os principais princípios constitucionais que devem ser aplicados à espécie estudada, para, ao final, realizar uma análise crítica do sistema processual penal brasileiro. Após curta consideração sobre os argumentos a favor e contrários à adoção de um ou outro modelo pelo sistema pátrio, propor-se-á um modelo próprio, em que o inquérito policial seja visto como um instrumento garantista e instaure-se, nele, um incidente de apresentação de defesa preliminar, destinada ao Juiz e ao Ministério Público, como instrumento da qualificação da *opinio delicti* e do juízo de recebimento da denúncia, a qual deve ser, por força legal, motivada e fundamentada.

**Palavras-chaves:** Defesa Preliminar; Recebimento da Denúncia; Legitimidade da Ação Penal; Tutela dos Direitos Fundamentais do Imputado.

## ABSTRACT

The present study it aims at to analyze the Brazilian model of previous examination of the admissibilidade of the criminal action in the criminal proceeding, or either, of the judgment of act of receiving of the denunciation, particularly verifying if this it takes care of, or it can take care of, to the expectation of protection and guarantee of the consubstanciadas basic rights in the constitutional-garantista paradigm of the Federal Constitution of 1988. For in such a way, criminal native, with one *escorço* historical is initiated for the contextualização of the procedural system and a panoramic one on this system, the private paper to its authors, the preparatory acts of the criminal action and the prerequisite ones of its exercise, everything to establish the logical and procedural antecedents to the judgment of act of receiving of the denunciation. Following, a revision of the models adopted for several is elaborated other countries, having objectified to extract applicable aspects to the Brazilian right. In continuation, an analysis of the legal nature of this judicial act, of the general norm becomes and its exceptions, passing for the jurisprudencial and doctrinal position on the subject and for proposals of legislative alterations. It is pointed, after that, the main principles constitutional that must be applied to the studied species, for, to the end, to carry through a critical analysis of the procedural system criminal Brazilian. After short consideration on the arguments the favor and contrary to the adoption of one or another model for the native system, will consider a proper model, where the police inquest is seen as a *garantista* instrument and restores, in it, an incident of presentation of defense preliminary, destined to the Judge and the Public prosecution service, as instrument of the qualification of the *opinio delicti* and the judgment of act of receiving of the denunciation, which must be, for legal force, motivated and based.

**Keywords:** Preliminary Defense; Act of receiving of the Denunciation; Legitimacy of the Criminal action; Guardianship of the Human Rights of the Imputed one.

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da ULBRA à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

art.	Artigo
CEJ	Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
DJU	Diário da Justiça da União
DOU	Diário Oficial da União
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBCCrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IP	Inquérito Policial
j.	Julgado
JTARGS	Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul
m.v.	Maioria de votos
Min.	Ministro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
Rel.	Relator
RF	Revista Forense
RHC	Recurso Ordinário de <i>Habeas Corpus</i>
RJD	Revista de Jurisprudência e Doutrina
RJDTACrimSP	Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RT	Revista dos Tribunais
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TACrimSP	Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
TARS	Tribuna de Alçada do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
v.u.	Votação unânime
v.v.	Voto vencido

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	12
<b>1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL - GARANTISTA DE 1988 .....</b>	<b>20</b>
1.1 A Evolução do Processo Penal – Escorço Histórico .....	20
1.1.1 <i>A Evolução no Brasil</i> .....	24
1.2 Visão Geral do Processo Penal Brasileiro .....	29
1.2.1 <i>Os Papéis dos Atores Processuais na Sistemática Constitucional-Processual-Garantista Brasileira</i> .....	31
1.2.1.1 <i>O Juiz</i> .....	32
1.2.1.2 <i>O Ministério Público e a Acusação</i> .....	35
1.2.1.3 <i>A Defesa</i> .....	39
1.3 A Preparação da Ação Penal.....	40
1.3.1 <i>A Polícia Judiciária e o Inquérito Policial</i> .....	42
1.3.2. <i>Outros Procedimentos Apuratórios</i> .....	46
1.3.3 <i>O Ministério Público e a Investigação Preliminar</i> .....	48
1.4 Das Condições da Ação e dos Pressupostos Processuais.....	50
1.4.1 <i>Justa Causa</i> .....	54
<b>2 MODELOS DE EXAME PRÉVIO DA ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS.....</b>	<b>58</b>
2.1 Os Modelos da “Common Law” .....	60
2.1.1 <i>Estados Unidos da América</i> .....	60
2.1.2 <i>Inglaterra</i> .....	63
2.2 Alguns Modelos da “Civil Law” .....	65
2.2.1 <i>Alemanha</i> .....	65

<b>2.2.2 Espanha.....</b>	<b>69</b>
<b>2.2.3 França.....</b>	<b>73</b>
<b>2.2.4 Itália.....</b>	<b>79</b>
<b>2.2.5 Portugal.....</b>	<b>82</b>
<b>2.2.6 Argentina.....</b>	<b>85</b>
<b>2.3 Um Modelo do Sistema Socialista.....</b>	<b>89</b>
<b>2.3.1 Rússia.....</b>	<b>89</b>
<b>3 O MODELO BRASILEIRO DE EXAME PRÉVIO DA ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL: O JUÍZO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.....</b>	<b>93</b>
<b>3.1 Natureza Jurídica do Ato Judicial de Recebimento da Denúncia.....</b>	<b>93</b>
<b>3.1.1 Despacho ou Decisão Interlocutória Simples.....</b>	<b>95</b>
<b>3.1.2 Posições Jurisprudencial e Doutrinária.....</b>	<b>104</b>
<b>3.2 Exceções.....</b>	<b>111</b>
<b>3.2.1 Defesa Preliminar nos Crimes de Responsabilidade de Funcionário Público</b>	<b>111</b>
<b>3.2.2 Processos de Competência do Tribunal do Júri.....</b>	<b>112</b>
<b>3.2.3 Crimes de Imprensa – Lei n° 5.250, de 9.2.1967.....</b>	<b>114</b>
<b>3.2.4 Ação Penal Originária dos Tribunais – Lei n° 8.038, de 28.5.1990.....</b>	<b>115</b>
<b>3.2.5 Infrações de Menor Potencial Ofensivo – Lei n° 9.099, de 26.9.1995.....</b>	<b>116</b>
<b>3.2.6 Crimes Falimentares (anteriormente à Lei n° 11.101, de 09.2.2005).....</b>	<b>117</b>
<b>3.2.7 A Nova Lei de Tóxicos – Lei n° 11.343, de 23.8.2006.....</b>	<b>118</b>
<b>3.3 Alterações no Código de Processo Penal – projeções legislativas.....</b>	<b>120</b>
<b>3.3.1 O Anteprojeto Hélio Tornaghi – 1963.....</b>	<b>120</b>
<b>3.3.2 O Anteprojeto Frederico Marques – 1970.....</b>	<b>121</b>
<b>3.3.3 Alterações no Anteprojeto, do Poder Executivo – 1975.....</b>	<b>123</b>
<b>3.3.4 Anteprojeto do Ministério da Justiça – 1981.....</b>	<b>124</b>
<b>3.3.5 Projeto de Lei n° 4.895/95.....</b>	<b>125</b>

<b>3.3.6 Anteprojetos do Ministério da Justiça – 2000.....</b>	<b>126</b>
<b>4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ESPÉCIE.....</b>	<b>130</b>
4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	131
4.2 Princípio do Devido Processo Legal.....	133
4.3 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.....	136
4.3.1 <i>Contraditório</i> .....	137
4.3.2 <i>Ampla Defesa</i> .....	140
4.3.3 <i>Distinções e Limites entre o Contraditório e a Ampla Defesa</i> .....	148
4.4 Princípio da Igualdade.....	151
4.5 Princípio da Motivação das Decisões.....	153
<b>5 ANÁLISE CRÍTICA DO MODELO BRASILEIRO DE EXAME PRÉVIO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL.....</b>	<b>159</b>
5.1 Críticas ao Modelo Pátrio.....	160
5.2 Considerações sobre os Modelos Estudados.....	164
5.3 Uma Proposta: O Exercício da Defesa Preliminar no Inquérito Policial...	168
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>176</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>183</b>
<b>ANEXOS</b>	
A - Projeto de Lei nº 4.207, de 12.03.2001, relativo aos procedimentos e outras providências, com Exposição de Motivos do Ministério da Justiça e Voto em Separado do Deputado Federal Luiz Antonio Fleury Filho.....	191
B - Projeto de Lei nº 4.206, de 12.03.2001, relativo aos recursos e outras providências, com Exposição de Motivos do Ministério da Justiça e Voto em Separado do Deputado Federal Luiz Antonio Fleury Filho.....	204

## INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, inaugurando uma postura constitucional-garantista, aliado ao desenvolvimento dos direitos fundamentais e às doutrinas hodiernas de direito penal e processual penal em várias partes do mundo, com reflexos também no país, necessário se faz uma nova leitura do sistema processual penal brasileiro – no caso específico, do exame prévio da admissibilidade da ação penal –, fazendo-a à luz destes novos paradigmas.

Geraldo Prado, dentre outros, atenta para esta necessidade já no subtema de uma de suas obras: “a conformidade constitucional das leis processuais penais”.<sup>1</sup>

A evolução do processo penal e dos sistemas processuais inquisitório, acusatório e misto, busca acompanhar e retratar os avanços – ou retrocessos – da investigação preliminar, de uma fase preliminar e da fase processual propriamente dita, das inovações surgidas pelo contexto histórico e da compreensão pela sociedade considerada – particularmente pela sua estrutura política e pelo seu sistema judicial – das referidas inovações.

Portanto, qualquer análise que se queira fazer de temas processuais deve iniciar-se pela verificação, por mais breve que seja, da evolução histórica do processo penal, seus objetivos, glórias e fracassos, buscando identificar – para aproveitamento – aquilo que tinha de útil; aperfeiçoar, se for possível, o que era razoável; e extirpar das novas aplicações os traços negativos.

Assim é que, no primeiro capítulo, busca-se verificar a evolução histórica do processo penal, no mundo e no Brasil, e analisar o sistema processual brasileiro em sua generalidade, inclusive verificando quais os papéis que a Constituição e o diploma processual reservaram aos atores do processo.

Decidiu-se por incluir algumas linhas sobre os atores processuais pois se entende que, se não estritamente necessário ao perfeito entendimento do tema

---

<sup>1</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

tratado, o conhecimento das funções e atribuições destes na sistemática processual penal brasileira serve de balizamento, limite e referencial para a análise da proposta que se fará ao final.

Ainda no primeiro capítulo, como trata de uma visão geral, necessária para a contextualização do problema e delimitação do objeto de estudo, tratar-se-á dos procedimentos processuais previstos para a preparação da ação penal.

Ao estudar o exame prévio da admissibilidade da ação penal, necessário conhecer como se faz este exame, qual seu suporte fático, o que se apresenta ao Juiz para examinar, previamente, a admissibilidade da ação penal, qual seja, o resultado da investigação preliminar.

Por isto, ver-se-á o inquérito policial e a polícia judiciária, outros procedimentos apuratórios e o papel do Ministério Público nesta etapa.

Ora, vislumbra-se processo penal sem investigação preliminar? Não, salvo se o indivíduo for submetido temerariamente a este instrumento jurídico.

O órgão com atribuição, no Brasil, segundo a Constituição Federal (art. 144, §§ 1º e 4º), é a Polícia Judiciária, conferida à Polícia Federal e às Polícias Civis (estaduais), e o instrumento hábil para colecionar os resultados produzidos pela sua atividade é o Inquérito Policial, conforme preceitua o Título II do Código de Processo Penal (CPP) pátrio.

Este tema daria azo a uma pesquisa acadêmica própria, serviria para uma dissertação ou uma tese, e é por isso que não se lhe aprofundará. Por mais ligado que esteja ao objeto de estudo, visto que um antecedente lógico e necessário dele, trata-se, na verdade, de um objeto diverso, próprio.

A peça policial, segundo preceitua a maioria da doutrina, tem natureza “meramente” preparatória da ação penal, tratando-se de um procedimento preliminar e informativo para a instauração do processo. Seu objetivo é fornecer a necessária “justa causa” para a instauração de tão gravoso instrumento jurídico contra qualquer cidadão: o processo penal. Não se olvide, sob pena de produzir graves danos ao *status dignitatis* da pessoa, que a mera sujeição a um processo penal já é um mal de enormes proporções, como já dizia Silva Sánchez:

[...] los efectos del Derecho penal, en muchos casos, en realidad se centren en **el poder estigmatizador del sometimiento a un proceso penal** y en el hecho simbólico de la imposición de la pena. Esto resulta ser lo único cierto y, por tanto, lo único que puede intimidar.<sup>2</sup> (sem grifo no original)

Mas, finda a investigação preliminar, com sucesso, os elementos de informação que tenham sido carreados servirão para inaugurar a instância penal, pelo exercício do direito de ação que lhe dá o sopro vital.

Por conseguinte, a *persecutio criminis* pátria apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. No primeiro, desponta como orientador o princípio inquisitivo e, no segundo, em sua “quase totalidade”<sup>3</sup>, sobressai o acusatório.

Ocorre que, independentemente do caráter do sistema de investigação preliminar e das críticas que se lhe fazem, o objetivo principal dele, costumeiramente, não é observado. Ora, já se disse que o seu fim é dar suporte fático à acusação, é fornecer a necessária justa causa para a instauração do processo penal, mas o que se tem na prática? O início da fase judicial, processual, sem a análise devida da existência da justa causa apurada no inquérito.

Por isso, as condições da ação e a justa causa, como fundamentos essenciais, requisitos básicos para a ação penal, serão os últimos elementos de estudo no capítulo inicial, nas considerações iniciais.

No sistema penal brasileiro, findas as investigações, a autoridade policial, responsável por esta fase, relata o feito e remete os autos do inquérito ao Poder Judiciário que, imediatamente, abre vista ao Ministério Público, órgão com atribuição constitucional de promover a ação penal – por isto chamado de *dominus litis*. De posse deste, o *Parquet* tem um prazo estipulado por lei (regra geral, cinco dias em caso de indiciado preso e dez dias nos casos de indiciado solto) para conhecer, analisar e estudar os autos, buscando formar a convicção da existência do crime – a

<sup>2</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: J.M.Bosch, 1992, p. 16.

<sup>3</sup> “Quase totalidade” por que ainda há resquícios do sistema inquisitivo, como o impulso oficial e a determinação de diligências. Alguns autores, porém, afirmam que estes atos do Juiz não se confundem com o sistema inquisitivo, mas derivam do princípio da verdade real, o que, para nós, não se justifica, pois esta sempre foi uma das justificativas para aquele.

materialidade – e dos indícios suficientes de autoria. A este juízo do órgão ministerial dá-se o nome *opinio delicti*.

Uma das decisões ministeriais poderá ser pelo oferecimento de denúncia.

A denúncia deverá obedecer aos requisitos legais. Como peça que dá início ao processo penal, deve preencher também os pressupostos processuais e as condições da ação (daqui por diante, ao tratar da denúncia, estar-se-á também tratando da queixa, nas ações em que é cabível).

Oferecida a denúncia, segue-se a análise judicial do pedido de instauração da ação penal, ou seja, do exame prévio da admissibilidade da ação penal, do juízo de recebimento da denúncia.

Este juízo poderá ser negativo ou positivo.

Será negativo quando não receber ou rejeitar a denúncia, nos termos do art. 43 do Código de Processo Penal, observando-se, dentre outros, os requisitos do art. 41 do mesmo código. Contra esta decisão será cabível o recurso em sentido estrito, segundo reza o inciso I do art. 581 da lei processual, ou o recurso de apelação, conforme se verá no decorrer da exposição.

Porém, o juízo poderá ser positivo, isto é, a decisão inicial do Juiz poderá ser pelo “recebimento” da denúncia, hipótese que se apresenta muito mais gravosa ao imputado. Nestes casos, qual tem sido a postura do órgão judicial, qual o teor de sua decisão? Está de acordo com o direito fundamental a um processo justo? Esta decisão traz elementos suficientes para que o imputado entenda o porquê de estar sendo processado, possibilitando, inclusive, que se recorra dela? Como têm decidido os tribunais? Como se posiciona a doutrina? Como o legislador tem tratado o tema?

Para responder esta e outras perguntas implícitas excursionar-se-á, no capítulo segundo, em modelos adotados por sistemas jurídicos estrangeiros, inclusive aqueles que costumam servir de paradigma, como o alemão, espanhol, francês e italiano, dando uma visão ampla do assunto.

Visando a ampliar os horizontes, constatar-se-á os modelos de outros países europeus, como Portugal e Inglaterra; o modelo americano e um modelo asiático: a Rússia. Dos vizinhos, verificar-se-á como funciona o modelo argentino.

Posteriormente, no capítulo terceiro, tratar-se-á do modelo brasileiro de exame prévio de admissibilidade da ação penal, que se pode chamar de “juízo de recebimento da denúncia”, fazendo-o sempre na perspectiva da tutela dos direitos fundamentais do imputado.

Desta forma, a investigação dos capítulos dois e três pretende verificar a natureza jurídica deste ato judicial – o do recebimento da denúncia –, a posição doutrinária e jurisprudencial brasileira e os modelos adotados pelos países estudados.

No direito pátrio, ver-se-á as exceções à regra geral dos procedimentos ordinário e sumário. Apenas para exemplificar, adiantando o conteúdo do desenvolvimento deste trabalho, tem-se que na primeira fase do procedimento dos crimes contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, conhecida como sumário de culpa, o que ocorre é que, antes de admitida e submetida à ação aos jurados, o acusado exerce o contraditório às provas da acusação, dá sua versão dos fatos, num autêntico exercício da ampla defesa, sendo a fundamentação da sentença de pronúncia – atacável pelo recurso em sentido estrito, art. 581, VI, do CPP – nada mais que a fundamentação do recebimento da denúncia *para* o Júri.

Ou seja, antes de apresentado ao órgão julgador, o processo deve ser fundamentadamente admitido e só o será após o exercício de certa defesa e contraditório. E não se trata, esta sentença, de sentença de mérito.

No direito estrangeiro, verificar-se-á que vários países, principalmente aqueles que têm origem na cultura ocidental e na *civil law*, mantêm uma “fase intermediária”, destinada a verificar a procedência da acusação e a admissão – ou não – do processo penal.

Esta fase pode se dar de forma judicial ou extrajudicial, pelo mesmo órgão julgador ou diverso. Procurar-se-á, objetivamente, explicar o funcionamento dos modelos dos países selecionados.

Neste estudo, constatar-se-á que a “fase preliminar”, existente em alguns países europeus e nos Estados Unidos, serve de ligação entre a fase pré-processual da investigação e a fase processual de instrução e julgamento.

Esta fase preliminar objetiva exatamente a verificação, por um órgão determinado – judicial ou não, togado ou leigo – da viabilidade da acusação, ou seja,

da existência de justa causa para a instauração de uma ação penal contra alguém. Corresponde ao juízo que, no Brasil, é realizado – ou melhor, deveria ser – pelo próprio Juiz que processará a causa.

Observar-se-á que, não como uma fase preliminar propriamente dita, como existente em países analisados, mas como uma forma brasileira, diversos ordenamentos processuais específicos decidiram por criar uma exceção ao regramento geral do procedimento ordinário e sumário do Código de Processo Penal.

Assim, ao final do capítulo terceiro, constatar-se-á as diversas exceções à regra geral – ou seja, em que há a previsão legal de uma defesa preliminar possibilitando um juízo de recebimento da denúncia fundamentado – e as proposições legislativas, neste tema, em curso ou tentadas junto ao legislador infraconstitucional.

No capítulo quarto, serão apresentados alguns – crê-se que os mais importantes – princípios constitucionais aplicáveis ao assunto estudado. Estarão presentes os princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e, para finalizar, o princípio, que também é uma regra, da motivação das decisões. Com isto, buscar-se-á verificar se, na sistemática adotada no Brasil, a fase do exame prévio da admissibilidade da ação penal observa os princípios citados.

Com os dados apresentados, crê-se que se pode apontar, ao menos no nosso sentir, críticas ao modelo brasileiro do juízo de recebimento da denúncia.

Portanto, no capítulo quinto, tece-se críticas ao modelo brasileiro, verificando-se os prós e contras da adoção de modelos alienígenas no sistema processual penal brasileiro e apresenta-se proposta, considerando os aspectos legais já tratados e os papéis dos sujeitos processuais no Brasil.

Dada a constatação da inexistência de uma fase preliminar, do elo entre a fase investigatória e fase processual no sistema pátrio, considerando ainda que aquela seja inquisitória, verificar-se-á qual dentre os modelos alienígenas adaptar-se-ia melhor ao modelo brasileiro, para concluir que, em vez de copiar modelos prontos, pode-se muito bem adaptar o que há de bom nos modelos verificados ao modelo brasileiro.

Com isso, ousar-se-á propor que se instaure um incidente, ao final do inquérito policial, ocasião em que o indiciado tenha oportunidade de apresentar uma defesa preliminar, contestando os elementos de prova colhidos inquisitoriamente pelo órgão policial investigador e trazendo aos autos elementos capazes de influir na *opinio delicti* no Ministério Público e no juízo de recebimento da denúncia – fundamentado, claro.

Registre-se que, quando for destilada alguma crítica ou for determinada a regra geral da realização de certos atos, é certo que não se pode generalizar, havendo grande parte dos operadores do Direito que, em sua lida diária, buscam aplicar os instrumentos do Estado de forma austera, observando a dignidade da pessoa humana e o paradigma constitucional garantista vigente desde 1988. Aliás, são tantas estas “exceções” que, talvez, nem possam ser chamadas de exceções.

Não se objetivou esgotar o assunto, tampouco apresentar uma proposta completa. Buscou-se, ao invés de respostas, apresentar perguntas sobre o sistema processual penal brasileiro no contexto histórico atual, somando-se aos autores que querem despertar cada vez mais pessoas para a importância do assunto, da sua discussão e da sua solução, sendo o mais objetivo possível, mas repetitivo, quando necessário, nas idéias centrais.

Trata-se de uma temática em que a práxis mais se aproxima da teoria – ou deveria se aproximar. Portanto, não se olvidará de analisar e de citar as decisões dos magistrados, pois entende-se que as decisões judiciais, os julgados, são formas de concretizar as idéias, de transformar a teoria em fato.

Não se proporá ou suporá sistemas ideais, apenas para discussões acadêmicas, intramuros. Prega-se, aliás, que a Universidade não tenha muros, que as discussões epistemológicas não busquem adaptar a realidade ao ideal, mas que possibilite a realização concreta do pensar.

A proposta argumentativa não é inflexível; em cada capítulo, em cada problematização, será abordado o tema expondo as considerações que se entendeu relevantes durante a revisão do material bibliográfico selecionado – todos constantes das Referências –, instrumento que se utilizou na confecção desta dissertação. Serão indicados argumentos – a favor e contrários –, além de repetir, por vezes, no desenvolvimento e na parte específica, as críticas e conclusões sobre a temática.

Trata-se de uma análise que tem como centro a dogmática jurídico-constitucional e a processual. O método indutivo – análise de textos – adotado para a pesquisa, não impediu de, ao seu tempo, interagir com o objeto e realizar propostas, numa postura mais sistêmica.

Não se ocupou da ação penal propriamente dita, pois ela só existirá após a realização do objeto de estudo – o exame prévio da admissibilidade da ação penal –, em nada lhe influenciando.

# 1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL-GARANTISTA DE 1988

## 1.1 A evolução do processo penal – esboço histórico

Nas sociedades primitivas, em que a organização estatal era ainda incipiente, a resposta às agressões sofridas se dava por meio da autodefesa, ou seja, “o próprio sujeito do interesse legalmente protegido consegue, por sua atuação pessoal, que a lei seja respeitada”, como ensina José Frederico Marques.<sup>4</sup>

O crime era, assim, vingado pela vítima, por seus familiares ou, mesmo, por sua tribo. Porém, a autodefesa tinha sérios problemas. Se o ofendido fosse menos forte que o ofensor, nada poderia fazer; de contraparte, se fosse mais forte, a punição tenderia a ser desproporcional, isto é, mais lesiva que a própria ofensa. De qualquer maneira, se o prejudicado não reagisse, nada poderia ser feito. Portanto, se a punição fosse dada, não seria uma decisão imparcial; caso contrário, se não houvesse punição, a consequência seria a impunidade.

Com o aperfeiçoamento do exercício da pretensão punitiva, surgiu a autocomposição, que consiste em um acordo entre ofendido e ofensor, de modo a decidir pacificamente o conflito de interesses, que representou uma evolução se comparada à autodefesa, pois se passa do uso da força para a busca do consenso, mas, igualmente, não se apresentava como a solução ideal, posto que a tendência era de que o oponente menos forte cedesse mais, caso em que a autocomposição se tornava, de fato, uma rendição.<sup>5</sup>

Nesta esteira, resta claro que a autodefesa e a autocomposição não poderiam prevalecer, a primeira por ser luta privada e a segunda por implicar na renúncia a

---

<sup>4</sup> FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2000, p. 8, v. 1.

<sup>5</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5, v. 1.

direitos indisponíveis – o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do cidadão.

Assim, com o desenvolvimento das sociedades, o Estado tomou para si a aplicação do direito ao caso concreto. Para evitar arbitrariedades, o Estado passou a “dizer o direito”, ou seja, aplicar a jurisdição, que é, para Chiovenda, a:

[...] função do estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.<sup>6</sup>

Desde os primórdios e em sua evolução histórica, o processo penal alternou-se entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo, variando, em consequência, o método probatório para aferição dos fatos e avaliação das condutas.

No ensinamento de Fernando da Costa Tourinho Filho, até o século XII o processo era de tipo acusatório: não havia juízo sem acusação. O acusador devia apresentar aos bispos, arcebispos ou oficiais encarregados de exercerem a função jurisdicional a acusação por escrito e oferecer as respectivas provas. Punia-se a calúnia. Não se podia processar o acusado ausente.<sup>7</sup>

Ainda segundo Tourinho Filho, com o passar do tempo, e do aprimoramento intelectual dos homens, notou-se que o crime não ofendia somente ao cidadão vitimado, mas, sim, a toda a coletividade, momento em que a ação poderia ser proposta por qualquer do povo. Somente depois de feita a acusação é que se ia pesquisar a autoria e a materialidade do delito. Surgiu, então, a figura do Inquérito, que somente se iniciava após a acusação.

---

<sup>6</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 3, v. 1.

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6, v. 1.

Em seu desenvolvimento histórico, o processo penal manifestou-se, inicialmente, numa dicotomia de dois sistemas, cada qual com singulares características: o *acusatório*<sup>8</sup> e o *inquisitivo*<sup>9</sup>.

Tornaghi preleciona que o processo inquisitório apareceu como subsidiário do acusatório e os dois coexistiram durante muitos séculos. Ao tempo de Diocleciano, ele passou a ser de *iure*, a forma normal, ordinária, mas de fato os encarregados de

<sup>8</sup> Tourinho elenca, então, os traços profundamente marcantes do processo acusatório, a saber: 1) O contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; 2) As partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; 3) O processo é público, fiscalizável pelo povo; 4) As funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo; 5) A iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou o órgão do Estado". (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88-89, v. 1). Acrescenta Tornaghi: 1) A prova dos fatos compete às partes. O Juiz não tomava a iniciativa de apurar coisa alguma, até porque os fatos não controvertidos não precisam ser provados; 2) As partes tinham disponibilidade do conteúdo do processo; 3) Se o réu se confessava culpado, era condenado sem mais indagações; 4) Dominava a publicidade e a oralidade; 5) O réu aguardava a sentença em liberdade. Ainda, segundo o mesmo mestre, este sistema, tal como se apresentava em sua primeira fase histórica, oferecia gravíssimos inconvenientes, a saber: 1) impunibilidade do criminoso; 2) facilitação da acusação falsa – o fato só era investigado depois; 3) desamparo dos fracos – não havia como acusar aquele de quem se dependia; 4) deturpação da verdade – dependia da ação das partes interessadas; 5) impossibilidade eventual de julgamentos – havia carência de provas; 6) inexecutabilidade da sentença – o réu, em liberdade, podia fugir. (TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 11-14, v. 1).

<sup>9</sup> Neste sistema, não se admitia o contraditório, no intuito de evitar que a diferença de forças entre as partes ocluisse a Justiça. Conseqüentemente, as funções de acusador, defensor e julgador foram concentradas nas mãos do Magistrado, plenipotenciário representante da arbitrariedade estatal, manifestada em processos sigilosos e sem garantias ao acusado. Admitia-se a prova obtida com tortura infligida contra as testemunhas e contra o acusado, além dos ordálios (duelo judicial e *purgationes vulgaris*). (TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 16. v. 1). O mesmo magistrado realizava, também, as funções de investigador. Portanto, neste sistema, ao contrário do que ocorre no sistema acusatório, em verdade, se caracteriza pela concentração de todas as funções processuais (acusar, defender e julgar) em apenas um órgão, que em regra é agente representativo do poder dominante, não se exigindo a observação e atendimento ao contraditório, à ampla defesa, imperando sempre o segredo e o procedimento escrito como formas de apuração das infrações penais, conferindo-se amplos e irrestritos poderes de investigação aos órgãos incumbidos de tal função, geralmente jurisdicionais. Assim, também a função extraprocessual é concentrada no mesmo órgão. Miguel Ibañez Garcia Velasco assinalou os traços característicos básicos do sistema inquisitivo: concentração das três funções, acusadora, defensora e julgadora, em mãos de uma só pessoa; sigilo; ausência do contraditório; procedimento escrito; os Juízes eram permanentes e irrecusáveis; as provas eram apreciadas de acordo com umas curiosas regras, mais aritméticas que processuais; a confissão era elemento suficiente para a condenação – a rainha das provas; admitia-se a apelação contra a sentença; ao acusado não era conferida nenhuma garantia individual. (GARCIA VELASCO, Miguel Ibáñez. **Curso de Derecho Procesal Penal**. Madri: Universidad de Madrid, 1969, p. 37). No dizer de José Frederico Marques, o sistema inquisitivo, além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições, pois, embora integrado por preceitos que visam à descoberta da verdade real, oferece poucas garantias de imparcialidade e objetividade, por serem psicologicamente incompatíveis a função do julgamento objetivo com a função da perseguição criminal. Enquanto na sistemática acusatória há uma verificação de pretensão das partes, na inquisitiva, existe tão só um exame de presunção do Juiz. (FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, p. 53, v. 1.)

investigar e denunciar os crimes, isto é, os *quaesitores* e, nas províncias, os *irenarchae*, os *curiosi*, os *stationarii*, somente tomavam a iniciativa do inquirido quando não se apresentava um acusador. Aos poucos foi caindo em desuso o processo acusatório e firmando-se o inquisitório.<sup>10</sup>

No decorrer de sua evolução, posturas ecléticas deram espaço ao que se denominou um novo sistema, o *misto*.<sup>11- 12</sup>

<sup>10</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 11-14, v. 1.

<sup>11</sup> O sistema processual misto surgiu após a Revolução Francesa, dividindo o processo em duas fases: de instrução preparatória e de julgamento, predominando na primeira os princípios e regras do sistema inquisitivo e no segundo um procedimento com caracteres do sistema acusatório. Como bem anota Heráclito Antônio Mossin, “o sistema misto, também denominado de reformado ou napoleônico, é uma mescla de elementos típicos dos sistemas inquisitivo e do acusatório”. (MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 19). Conhecido também como “Sistema Acusatório Formal”, embora tenha sido idealizado em suas primeiras regras com as reformas da Ordenança Criminal de Luiz XIX (1670), surgiu mesmo de forma marcante após a Revolução Francesa, notadamente, com o *Code d’Instruction Criminelle*, em 1808, e decorreu da necessidade então reclamada de se extirpar do ordenamento jurídico a malfadada Inquisição, constituindo o sistema misto, assim, uma junção entre as regras admissíveis do sistema inquisitivo e os princípios atinentes ao sistema acusatório. Observa Goldschmidt que, neste sistema, traçou-se “uma linha diagonal entre a configuração inquisitiva e a acusatória do processo”, pelo que é também denominado de “processo semi-acusatório”, ou de “processo inquisitivo com acessórios acusatórios”, ou como procedimento “inquisitivo de forma acusatória”. (GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935, p. 70). Conforme ressalta Hélio Tornaghi, o sistema misto “é a encruzilhada entre as necessidades da repressão e as garantias individuais”, pois, de acordo com José Frederico Marques, o processo tem de ser “suficientemente enérgico para evitar a impunidade dos criminosos e bastante dúctil para impedir a perseguição e condenação dos inocentes”, sendo certo que, nessa toada de pensamento, o procedimento inquisitivo é mais eficiente para a apuração dos fatos, enquanto que o acusatório oferece maiores garantias ao acusado, daí porque se acreditar, em alguns países, que o sistema misto é o ideal, pois reúne as vantagens e elimina os inconvenientes dos outros dois sistemas. (TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 17, v. 1). Sob as regras do sistema misto, o processo, tal como no inquisitivo, desenvolve-se em três fases: a investigação preliminar (de *la policie judiciaire*), dando lugar aos *proces verbaux*; a instrução preparatória (*instruction préparatoire*); e a fase do julgamento (*jugement*). Todavia, enquanto no processo inquisitivo essas três etapas eram secretas, não contraditórias, escritas, e as funções de investigar, acusar, defender e julgar se concentravam nas mãos do Juiz, no processo misto somente as duas primeiras etapas é que eram e continuaram secretas e não contraditórias. No julgamento, o processo se desenvolve oralmente e com observância à publicidade dos atos processuais, ficando as funções de acusar, defender e julgar em mãos de pessoas distintas. Como já fizemos constar, entendemos que a diferenciação da atividade de investigar também deva ser alçada a uma função autônoma e distribuída a outro sujeito, que não o Juiz, a acusação ou a defesa. É constituído, pois, de uma instrução inquisitiva (de investigação preliminar e instrução preparatória) e de um posterior juízo contraditório (de julgamento).

<sup>12</sup> Alguns autores negam a existência de um sistema misto, fundado apenas na separação (inicial) das atividades de acusar e julgar, ponto este que não é o nevrálgico da questão (que é a gestão da prova) e, por isto, insuficiente para a caracterização de um “sistema misto”, pois tal desfiguraria o dito sistema. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, 2001, v.1, n. 1, p. 29. LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Direito Processual Penal**. Fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 164 e 168.

Em breve síntese histórica, como bem anota Edinaldo de Holanda Borges, durante a Antigüidade clássica, de cultura florescente, prevaleceu o sistema<sup>13</sup> acusatório, enquanto na Idade Média, em correspondência à estagnação cultural, se sobrepôs o sistema inquisitivo, marcado principalmente pelas torturas físicas, como o Juízo de Deus e a Prova das Ordálias. Com o pensamento moderno, que se caracterizou pelo Renascimento da cultura clássica, sobreveio o sistema acusatório, como forma de democratização do direito de punir do Estado.<sup>14</sup> Já o sistema processual misto surgiu após a Revolução Francesa, dividindo o processo em duas fases: de instrução preparatória e de julgamento, predominando na primeira os princípios e regras do sistema inquisitivo e no segundo um procedimento com caracteres do sistema acusatório.

Cabe afirmar, singelamente, contraporem-se os dois primeiros, enquanto intente o terceiro constituir fusão de ambos.

### **1.1.1 A evolução no Brasil**

Pouco antes da descoberta do Brasil, em Portugal, restaram finalmente compiladas as leis do Reino, em nome de Afonso V, instituindo-se então, no ano de 1446, as Ordenações Afonsinas, por meio da qual, em seu Livro V, vinha regulado o direito processual penal, com influência marcante do direito canônico e de seu procedimento inquisitorial.<sup>15</sup>

No reinado de Dom Manuel, o Venturoso, em 1521, nova codificação se fez instituída, com o nome de Ordenações Manuelinas, permanecendo, entretanto, a

---

<sup>13</sup> Sobre o significado e a correta nomenclatura dos “princípios” e dos “sistemas” veja-se: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>14</sup> BORGES, Edinaldo de Holanda. **O Sistema Processual Acusatório e o Juizado de Instrução**. Disponível em: <[http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/2camara/informat/Inf\\_01\\_Out.htm](http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/2camara/informat/Inf_01_Out.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2006. O autor era Coordenador da Segunda Câmara de Justiça Criminal da Procuradoria Regional da República, em outubro de 2001, quando publicou o artigo.

<sup>15</sup> FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2000, p. 96, v. 1.

mesma influência do direito canônico e de seu respectivo procedimento inquisitorial quanto ao processo penal.<sup>16</sup>

Em 1603, sob o reinado de Filipe II, foram promulgadas as Ordenações Filipinas, estas que se fizeram revalidadas em 1643 pelo rei D. João IV, pelas quais, entretanto, repetiu-se o que continham as Ordenações anteriores a respeito do direito processual penal, vigorando tais regras, inclusive no Brasil, até a promulgação, em 1832, do Código de Processo Criminal do Império.<sup>17</sup>

Sob a vigência das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, imperaram sempre as regras consoantes com o sistema inquisitorial oriundo do direito canônico, sendo certo que, quando da descoberta do Brasil, os processos criminais se iniciavam por simples “Clamores”, mas pouco depois passou a se exigir as “Denúncias”, estas feitas nos casos de “Devassas”, por meio das quais os Juízes competentes faziam inquirições para informação dos delitos, propiciando colheita de provas para ensejar acusação e possibilitar respectivo processo e julgamento.<sup>18</sup>

Reinava o sistema de prova legal, devendo o Juiz decidir de acordo com o alegado e provado no processo. Entretanto, os *tormentos* eram admitidos como meios de prova, consubstanciando-se então as arbitrariedades, com aplicação de verdadeiros expedientes de torturas, com a prática de atos desumanos e bárbaros contra os mais fracos e desprotegidos, ressaltando-se que referida espécie de prova não era permitida contra os fidalgos, cavaleiros, doutores, senão em casos limitados e específicos (Título 134, parágrafo 3º, Livro V das Ordenações Filipinas).<sup>19</sup>

Com o advento da Revolução Francesa e a proclamação dos Direitos do Homem, as cortes portuguesas, inspiradas pelo movimento liberal que invadiu a Europa, extinguem as Devassas (Lei de 12 de novembro de 1821), enquanto no Brasil, em 1822, Dom Pedro determina, por Aviso de 28 de agosto de 1822, que os juízes criminais observem o que se contém na Constituição da Monarquia Portuguesa de 10 de março de 1821, assegurando, por consequência, aos

---

<sup>16</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 44.

<sup>17</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Op. cit.**, p. 44-45.

<sup>18</sup> LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas Processuais Penais. **Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna**, Juiz de Fora (MG), Instituto Vianna Junior, n. 3, fev. 2006, *on line*. Disponível em: <<http://www.viannajr.com.br/revista/dir/artigos3.asp>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

<sup>19</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Op. cit.**, p. 44.

acusados, algumas das garantias fundamentais exigidas pela proclamação dos Direitos do Homem.<sup>20</sup>

Em 25 de março de 1824, restou promulgada a Constituição Política do Império, estabelecendo preceitos e princípios garantidores de um processo criminal mais condizente com os princípios liberais do século XIX, editando-se, em 29 de novembro de 1832, o Código de Processo Criminal, que no dizer de José Frederico Marques: “constitui o diploma legal culminante e mais expressivo, síntese que é dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e nação”.<sup>21</sup>

Instaurava-se o procedimento penal mediante queixa do ofendido/representante legal, ou por denúncia do Ministério Público, ou de qualquer do povo, e, ainda, mediante atuação *ex officio* do Juiz, instituindo-se ainda o grande e o pequeno Júri, sendo o primeiro para decidir acerca da admissibilidade da acusação, e o segundo sobre a procedência desta, pelo que este era chamado de Júri de Sentença, ficando, entretanto, excluídas as contravenções e infrações mais graves da apreciação do Júri.<sup>22</sup>

Promulgada a Constituição de 1891, já proclamada a República, os Estados passaram a ter suas próprias Constituições, facultando-lhes legislar inclusive sobre processo, sendo certo, entretanto, que poucos foram os Estados que assim o fizeram, continuando a serem respeitadas as leis federais, principalmente o Código de Processo Criminal do Império, com algumas alterações que lhe deram a Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, regulamentada pelo Decreto n.º 120, de 31 de dezembro de 1842, posteriormente alterada pela Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentado em seguida pelo Decreto n.º 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano, com as alterações introduzidas pelo artigo 407 do Código Penal de 1890.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 44. Segundo o autor, pela Lei de 12 de novembro de 1821, “as Cartas Portuguesas extinguíram todas as devastas que se encontravam inseridas nas Ordenações Filipinas, que também se encontravam em vigência no Brasil”.

<sup>21</sup> FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2000, p. 96, v. 1.

<sup>22</sup> LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas Processuais Penais. **Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna**, Juiz de Fora (MG), Instituto Vianna Junior, n. 3, fev. 2006, *on line*. Disponível em: <<http://www.viannajr.com.br/revista/dir/artigos3.asp>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

<sup>23</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. *Op. cit.*, p. 45.

A Constituição de 1934 restaurou a unidade legislativa processual da União, o que se manteve pela Constituição de 1937, providenciando-se, em seguida, a promulgação do atual Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689, de 30 de outubro de 1941), bem como da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.931, de 11 de dezembro de 1941), esta destinada a adaptar a nova legislação aos processos pendentes.

O novo Código manteve o Inquérito Policial, configurando-o tal como herdado do Império, mas estabeleceu a instrução judicial plenamente contraditória e separou de vez as funções acusadora e julgadora, eliminando quase por completo o procedimento *ex officio*, que só permaneceu para as contravenções, restando por restringir, ainda mais, a competência do Júri, traçando enfim todas as forma procedimentais sob observância do sistema acusatório, a despeito de conviver com procedimentos especiais sob o império do processo inquisitivo e sem garantias para os acusados, a exemplo do que se fazia no Tribunal de Segurança (Lei n.º 244/36), ao amparo da Constituição Federal de 1937.<sup>24</sup>

As Constituições Federais que se seguiram<sup>25</sup> mantiveram os direitos e garantias individuais então assegurados aos litigantes de processos penais, restando ampliadas tais garantias pela Carta Magna de 1988, notadamente, pelo que dispõe em seu artigo 5.º, incisos LXII, LXVI, LXVIII, LV, LIII e XXXVIII, encontrando-se atualmente garantidos sob a égide da Constituição Federal os direitos ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal, à publicidade, restaurando-se a soberania do Júri, ampliando-se a oralidade, principalmente à vista do que dispõe o artigo 98, I, da Constituição, instaurando-se, enfim, um sistema processual de tendências constitucionais predominantemente acusatório.<sup>26</sup>

A todas elas resistiu o Código de Processo Penal de 1941, recepcionado ou revogado aqui ou ali.

---

<sup>24</sup> FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2000, p. 102-105, v. 1.

<sup>25</sup> A de 1946, a de 1967 - embora reduzindo os direitos individuais e admitindo a possibilidade de suspensão desses direitos em caso de abuso - e a de 1969 - na verdade uma Emenda à Constituição de 1967, época dos Atos Institucionais, período de perseguições políticas, processos ilegais, torturas, exílios e mortes.

<sup>26</sup> LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas Processuais Penais. **Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna**, Juiz de Fora (MG), Instituto Vianna Junior, n. 3, fev. 2006, *on line*. Disponível em: <<http://www.viannajr.com.br/revista/dir/artigos3.asp>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

Diante do exposto, tem-se como revelada a enorme evolução que culminou com o sistema processual moderno, tendente a admitir um embate dialético entre as alegações dos litigantes, perante um magistrado imparcial e dotado de poder jurisdicional, portanto, limitado pelos comandos legais, e, mais recentemente, constitucionais, que exerce sua função condicionada à propositura de ação.

No direito processual penal brasileiro – em que se fazem garantidos constitucionalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa, como se demonstrará em item específico, em consonância com o devido processo legal, amplamente público e convivendo com a franca abertura da aplicabilidade de maior oralidade – impensável se faz falar em adoção do sistema inquisitório, claramente afastado à vista da predominância das regras pertinentes ao seu antagônico sistema acusatório.

A nosso ver, a Constituição Federal de 1988 também separou as funções de investigar das de acusar e julgar, atribuindo-as à Polícia Judiciária. Ao órgão ministerial, como *dominus litis*, possibilitou a requisição de instauração de inquérito policial, o acompanhamento deste e as funções de controle externo da atividade policial. Assim agindo, o legislador constituinte garantiu os meios para que o Ministério Público exercesse suas funções, garantiu a paridade de armas entre a acusação e a defesa e estabeleceu importante meio de freios e contrapesos. Manteve a defesa a possibilidade de interferir no inquérito, como já lhe deferia o art. 14 do Código de Processo Penal e, quanto ao Juiz, manteve-o afastado da fase apuratória, atribuindo-lhe, porém, a competência para agir como garante dos direitos fundamentais do investigado na fase policial.

Entretanto, Jacinto Coutinho afirma que só se pode chamar o sistema brasileiro de misto porque, como já se anotou, não há mais sistema processual puro, recebendo os modelos atuais elementos – secundários - de um e de outro dos sistemas originários. Como, na verdade, o sistema processual penal brasileiro é “regido pelo *princípio inquisitivo*, já que a *gestão da prova* está, primordialmente, nas mãos do juiz”, resta concluir que sua essência é de princípio inquisitório.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, 2001, v.1, n. 1, p. 29. No mesmo sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Direito Processual Penal**. Fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 164 e 168.

## 1.2 Visão geral do processo penal brasileiro

No modelo processual penal adotado pelo Brasil<sup>28</sup>, dado o acontecimento de um fato considerado típico, o Estado-Administração iniciará as atividades necessárias para apurar a infração penal. Normalmente, os atos de prova ou de investigação realizados nesta fase de investigação preliminar estarão reunidos no instrumento da Polícia Judiciária, o inquérito policial.

Em linhas gerais, assim se procede: dada a notícia do cometimento de um crime, a Polícia Judiciária – órgão do Poder Executivo, exercendo as funções do Estado-Investigador – tem o dever de apurá-lo seguindo as regras processuais estampadas no Código de Processo Penal (por exemplo, art. 6º) ou na legislação específica porventura existente, além, é claro, de observar o regramento constitucional.

Nesta apuração, além do controle interno por sua própria estrutura – a Corregedoria -, há o controle externo: seja pelo Juiz, chamado a tanto pelo próprio dirigente da investigação ou pelo defensor do investigado – garantindo-lhe os direitos individuais; seja pelo Ministério Público, de ofício, na defesa dos direitos da sociedade e da indisponibilidade da persecução penal; seja pela defesa técnica, acompanhando o investigado, peticionando, apresentando provas; seja pelo investigado, por si ou por familiares, ao poderem acionar os citados instrumentos de controle interno ou externo, isso sem falar no controle público, principalmente pela mídia, que diariamente dedica páginas e horas de seus informativos às atividades policiais. Isto sem olvidar dos diversos organismos, oficiais ou não governamentais, que labutam na defesa dos direitos do indivíduo e da sociedade.

Concluído o Inquérito Policial (IP), este será distribuído ao Poder Judiciário na forma de uma *notitia criminis* qualificada, ou seja, não apenas um fato comunicado,

---

<sup>28</sup> Na redação deste capítulo, faz-se uma síntese, um resumo, do processo penal brasileiro, amparado nas obras de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1; FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2000, v. 1.; e PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

como ocorre na polícia: será cientificado que ocorreu um fato típico e que há indícios de que o seu autor seja determinada pessoa.

Dado o princípio da inércia da jurisdição, o Juiz dará vista do IP ao Ministério Público, titular do direito de ação penal. O Juiz será o fiscal do MP, quanto à obrigatoriedade da ação penal.

O Ministério Público, então, dentro do prazo legal – e considerando que se está tratando das ações penais públicas incondicionadas ou com a condição de procedibilidade já suprida – deverá decidir por:

- a) restituição dos autos à Polícia Judiciária para que esta providencie em alguma diligência que o MP tenha entendido essencial para a formação de sua convicção;
- b) remessa dos autos para o órgão competente;
- c) arquivamento do inquérito – por entender inexistir crime, por ausência de autoria, por falta de provas após esgotadas as ações policiais, por haver causa extintiva da punibilidade; e
- d) oferecer a denúncia.

Iniciada a ação, Juiz, MP e Defesa controlam-se mutuamente, com os requerimentos e recursos disponíveis.

A ação penal, em sua generalidade, inicia-se com o oferecimento da denúncia (ações penais públicas) ou da queixa (ação penal privada). Estas peças processuais devem atender aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e não incidir em quaisquer das situações do art. 43 do mesmo diploma legal.

Caso contrário, devem ser rejeitadas ou não serem recebidas, em decisão (de natureza interlocutória mista, ou seja, decisão que encerra a relação processual sem julgamento do mérito) que deve ser motivada, até para possibilitar os recursos cabíveis: recurso em sentido estrito (art. 581, I, do CPP) ou a apelação, esta nos crimes de imprensa (art. 44, § 2º, da Lei nº 5.250/67) e nos de menor potencial

ofensivo (art. 82 da Lei nº 9.099/95), além do agravo, no caso de competência originária dos tribunais (art. 39 da Lei nº 8.038/90).<sup>29</sup>

Isto para a decisão de *não* receber a denúncia, ou seja, situação na qual o indivíduo não será processado.

Já para a decisão de recebimento da denúncia, iniciando-se a angularização da ação penal – que se completará com a citação do acusado –, há entendimento doutrinário e posição majoritária da jurisprudência de que este ato não precisa ser fundamentado.

Repita-se: caso decida por receber a denúncia, o magistrado não precisa fundamentar esta sua decisão, da qual, inclusive, não cabe recurso. Neste caso, o cidadão passará a ser réu da ação, acusado, e só disporá de um remédio processual para afastá-la: o *habeas corpus*.

É neste ato judicial – o recebimento da denúncia – que se centralizará este trabalho.

### **1.2.1 Os papéis dos atores processuais na sistemática constitucional-processual-garantista brasileira**

O mundo jurídico é um universo de valores próprios, calcados em normas jurídicas de sentido nem sempre claro, mas comumente discutível. Esses valores,

---

<sup>29</sup> Conforme leciona Paganella Boschi, no caso da denúncia não atender aos requisitos do art. 41 do CPP, o caso será de “não-recebimento”. Trata-se de decisão terminativa sem abordar o mérito; desta forma, fará apenas coisa julgada formal, não impedindo que o MP a reapresente, supridas as deficiências apontadas pelo magistrado. Já quando o Juiz verifique a inexistência de um lastro probatório mínimo e idôneo – o *fumus boni juris* – ou a falta de alguma das condições da ação – art. 43, parágrafo único -, a denúncia deverá ser “rejeitada”. Trata-se, agora, de uma decisão de mérito, de um julgamento antecipado da lide, impedindo a reiteração do pedido – pois tem efeito de coisa julgada material -, salvo se a motivação do ato judicial fundar-se com a ilegitimidade de parte – pois só alcançará a parte ilegítima, não a parte por quem ou contra quem a nova demanda será proposta - ou com as condições de procedibilidade. Logo, desta decisão de rejeição, o recurso cabível será a apelação, restando o recurso em sentido estrito para a hipótese de não-recebimento da denúncia. BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal**. Denúncia, Queixa e Aditamento. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: AIDE, 2002, p. 233. Daqui para a frente, utilizar-se-á o termo “rejeição” para indicar ambas as espécies.

geralmente, somente podem ser compreendidos e satisfatoriamente interpretados pelo operador do Direito, tecnicamente capacitado para tanto.

Nesta esteira, importa mencionar, preliminarmente, que o processo pressupõe a existência, ao menos, de três sujeitos, mas os sujeitos processuais, sob um enfoque mais amplo, subdividem-se em principais e acessórios, ou em atos das partes, dos órgãos jurisdicionais, dos seus auxiliares e em atos praticados por terceiros.

### *1.2.1.1 O Juiz*

Em particular, dentro da trilogia jurídica (advogado – Juiz – membro do Ministério Público), o magistrado exerce uma função bastante peculiar, pois a ele compete efetivamente prestar a tutela jurisdicional do Estado. Nesse diapasão, não é mero funcionário do Estado, mas um dos agentes responsáveis pela institucionalização democrática do Estado de Direito<sup>30</sup>.

O Juiz, de acordo com o artigo 251 do Código de Processo Penal, tem uma dupla função dentro da relação jurídica processual. Dispõe o artigo 251 que ao Juiz incumbirá “prover a regularidade do processo”. Deve, portanto, não só evitar que as irregularidades de rito e de ordem normal ocorram, mas promover as medidas que assegurem a justa aplicação da lei penal do processo. Provê, assim, a regularidade do processo numa forma positiva, determinando o que deve ser feito, e negativa, desfazendo o mal feito por seus auxiliares, pelas partes ou por terceiros que intervenham no processo.

Nos termos do mesmo dispositivo, ao Juiz incumbe “manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública”. Trata de atividade administrativa, em que o Juiz pratica atos de polícia com o objetivo de assegurar a ordem no decorrer do processo, podendo requisitar o concurso da

---

<sup>30</sup> Além dos recursos já citados na nota de rodapé n. 27, trabalhou-se com consulta e resumo de dispositivos do texto do Código de Processo Penal brasileiro.

polícia, encarregada de manter a ordem pública para que se cumpram as suas determinações no sentido de preservar a regularidade dos atos judiciais.

O magistrado exerce, como nenhuma outra autoridade pública, a capacidade constitucionalmente prevista de nivelar as partes que compõem um litígio, com a devida e proporcional igualdade de condições. Dessa forma, ao Juiz, como a nenhum outro membro da tríade jurídica, caberia o papel de promover a Justiça social. Neste viés, para desempenhar esse poder de interferir na esfera jurídica das pessoas, independentemente da voluntária submissão destas à decisão, a ordem jurídica confere ao Juiz poderes de polícia ou administrativos e poderes jurisdicionais, exercidos no processo ou por ocasião dele, que nada mais são do que instrumentos para a efetiva realização da atividade jurisdicional.

Do ponto de vista legal, para que o Juiz possa executar as suas funções, a lei lhe atribui uma série de poderes referentes à produção da prova (arts. 156, 209, 425, 502 etc.), à disciplina (art. 184), de coerção (arts. 201, 212, 218, 230, 286, 448, 450 etc.), relativos à economia processual (arts. 82,94,97 etc.) e de nomeação (arts. 32,33, 149, § 2.º 262, 263 etc.).

O Juiz penal exerce, ainda, funções anômalas, assim entendidas aquelas de fiscalizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, por parte do Ministério Público; receber a *notitia criminis* e levá-la ao Ministério Público ou requisitar a instauração de inquérito<sup>31</sup>.

A função primordial do Juiz, entretanto, é caracterizada pela decisão imparcial dos conflitos jurídicos concretos, ou seja, pela decisão da causa penal. Entre os atos decisórios do Juiz estão os de decretar a extinção da punibilidade (art. 61), o reconhecimento de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada (arts. 109 e 110), a decretação e a revogação da prisão preventiva (arts. 311 e 316) etc., mas a intervenção do Juiz na atividade processual é permitida não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas, também, para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> A melhor doutrina contesta esta última possibilidade, ainda constante dos textos legais em vigor, aduzindo que fere o sistema acusatório. Dentre outros, veja-se: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 131.

<sup>32</sup> Idem à nota de rodapé anterior, n. 30, no comentário, no autor e na obra.

Nesta senda, não resta dúvida de que o Juiz ocupa posição proeminente na relação processual, como detentor do poder jurisdicional e presidente do processo. Para que uma pessoa possa exercer validamente as funções jurisdicionais e ser sujeito processual é necessário que tenha capacidade subjetiva. Em abstrato, esta exige a capacidade funcional, que se constitui na existência de requisitos pessoais para o ingresso na magistratura e a capacidade para o exercício das funções judicantes, adquiridas com a nomeação, posse e exercício efetivo do cargo. Em concreto, exige-se a capacidade especial relativa ao exercício jurisdicional, ou seja, não ser suspeito nem estar impedido para o processo. Exige-se, também, a capacidade objetiva, que é a competência para o processo.

Deve o Juiz ser imparcial, ou, nas palavras de Laércio Pellegrino:

Decidir com isenção, não dar abrigo ao ódio, não decidir com facciosidade, não ser tendencioso, superar as próprias paixões: julgar com humildade, ponderação e sabedoria, são virtudes essenciais ao magistrado. E quem não as possui, não pode, por certo, cumprir a mais grave missão dada ao homem, que é a de julgar.<sup>33</sup>

Para preservar essa imparcialidade, indispensável à exata aplicação da lei penal, o Código prevê as hipóteses de suspeição e impedimento do Juiz. Deve ser considerado suspeito, por exemplo, o Juiz que, ainda que inconscientemente, faz colocações apriorísticas nos autos com relação às partes que, à evidência, acarretam falta de serenidade para decidir a causa, comprometendo a majestade da justiça, que deve presidir sempre qualquer julgamento.

Deve o Juiz, por fim, seguindo o preceito constitucional do art. 93, inciso IX, fundamentar toda decisão que prolatar, sob pena de nulidade.

---

<sup>33</sup> PELLEGRINO, Laércio. O Posicionamento do Juiz, do Acusado e do Defensor no Processo Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 552, p. 280.

### 1.2.1.2 O Ministério Público e a Acusação

O Ministério Público é fruto do desenvolvimento do Estado brasileiro e da democracia. A sua história é marcada por dois grandes processos que culminaram na formalização do *Parquet* como instituição e na ampliação de sua área de atuação.

Assim, sob o enfoque histórico, no período colonial, vale reprimir, o Brasil foi orientado pelo direito lusitano, não havendo o Ministério Público como instituição, mas as Ordenações Manuelinas de 1521 e as Ordenações Filipinas de 1603 já faziam menção aos promotores públicos, atribuindo a eles o papel de fiscalizar a lei e de promover a acusação criminal. Existia, ainda, o cargo de procurador dos feitos da Coroa (defensor da Coroa) e o de procurador da Fazenda (defensor do fisco).

Só após a Independência, em 1832, com o Código de Processo Penal do Império, iniciou-se a sistematização das ações do Ministério Público.

Na República, o Decreto n.º 848, de 11 de setembro de 1890, ao criar e regulamentar a Justiça Federal, dispôs, em um capítulo, sobre a estrutura e atribuições do Ministério Público no âmbito federal. Neste decreto destacam-se a indicação do procurador-geral pelo Presidente da República, e a função do procurador de “cumprir as ordens do Governo da República relativas ao exercício de suas funções” e de “promover o bem dos direitos e interesses da União” (art. 24, alínea c).<sup>34</sup>

Mas foi o processo de codificação do Direito nacional que permitiu o crescimento institucional do Ministério Público, visto que os códigos (Civil de 1917, de Processo Civil de 1939 e de 1973, Penal de 1940 e de Processo Penal de 1941) atribuíram várias funções à Instituição.

Em 1951, a Lei Federal n.º 1.341 criou o Ministério Público da União, pertencente ao Poder Executivo, que se ramificava em Ministério Público Federal,

---

<sup>34</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Entre a Razão e a Utopia: a Formação Histórica do Ministério Público. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Reinaldo Porto (Coord.). **Ministério Público II: Democracia**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 20.

Militar, Eleitoral e do Trabalho. Em 1981, a Lei Complementar n.º 40 dispôs sobre o estatuto do Ministério Público, instituindo garantias, atribuições e vedações aos membros do órgão. Em 1985, a Lei n.º 7.347 de Ação Civil Pública ampliou consideravelmente a área de atuação do *Parquet*, ao atribuir a função de defesa dos interesses difusos e coletivos. Antes da ação civil pública, o Ministério Público desempenhava basicamente funções na área criminal, e na área cível, tinha apenas uma atuação interveniente, como fiscal da lei em ações individuais. Com o advento da ação civil pública, o órgão passa a ser agente tutelador dos interesses difusos e coletivos.<sup>35</sup>

Quanto aos textos constitucionais, o Ministério Público ora aparece, ora não é citado. Esta inconstância decorre das oscilações entre regimes democráticos e regimes autoritário-ditatoriais. Ao definir o perfil do Ministério Público, a Constituição de 1988 traz duas novidades. A primeira delas diz respeito à consagração da autonomia funcional da Instituição, garantindo o seu autogoverno e, conseqüentemente, sua independência perante os Poderes do Estado (art. 127, §§ 2.º e 3.º). O Ministério Público, enquanto instituição autônoma e independente, não integra o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário. A segunda novidade refere-se à defesa da democracia: incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*). A defesa da ordem jurídica e a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis são atribuições tradicionais do Ministério Público. A defesa do regime democrático passou a integrar esse rol a partir da promulgação da Constituição.<sup>36</sup>

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o Ministério Público é a instituição estatal “predestinada ao zelo do interesse público no processo”. Assim, “o interesse público que o Ministério Público resguarda não é o puro e simples interesse da sociedade no correto exercício da jurisdição como tal”, porquanto a ele compete o encargo de cuidar para que, mediante o processo e o exercício da jurisdição, certos conflitos e certos valores a eles inerentes recebam o tratamento adequado.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 69.

<sup>36</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. **Revista Jurídica**, São Paulo, Escola Superior do Ministério Público, v. 1, n. 1, p. 9, jan./jun. 2001.

<sup>37</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 683. v. I.

Para Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Júnior, a missão institucional do Ministério Público está relacionada com a defesa da sociedade na luta pela manutenção do Estado de Direito e pelo respeito à cidadania, de cuja existência é corolário a prevalência da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, consoante o disposto no artigo 127 da Constituição Federal.<sup>38</sup>

Segundo estes mesmos autores, esse papel institucional deve ser exercido ainda que em oposição a agentes do próprio Estado, posto que “no sistema de freios e contrapesos concebido pelo constituinte foram conferidas ao *Parquet* funções institucionais que o colocam agora no papel de verdadeiro *ombudsman*”.<sup>39</sup> Neste viés, Araldo Ferraz Dal Pozzo afirma que “o Ministério Público é um braço da sociedade contra o Estado, inserido dentro do próprio aparelho estatal”.<sup>40</sup>

Por outro lado, Hugo Nigro Mazzilli considera importante a distinção de função e instrumentos de atuação institucional, e fundamenta: o artigo 129 da Constituição Federal, apesar de referir-se às “funções institucionais”, na verdade, refere-se a seus “instrumentos de atuação institucional”, que seriam a ação penal pública, a ação civil pública, o inquérito civil, as requisições, as notificações etc. Com base nisso, declara que o Ministério Público tem dois tipos de funções: as típicas, que são intrinsecamente próprias do Ministério Público – o combate ao crime, a defesa do meio ambiente, a defesa de interesses difusos e coletivos etc. – nem todas, claro, privativas; e as atípicas, que são aquelas que o Ministério Público ainda exerce, mas que estão fora da sua atual destinação geral – defesa cível da vítima pobre ou do reclamante trabalhista, na ação civil *ex delicto* ou na reclamação trabalhista, por exemplo.<sup>41</sup>

O Ministério Público poderá praticar todos os atos que se mostrem necessários ao desempenho da função que a lei lhe atribui, como, por exemplo, impetrar mandado de segurança, inclusive contra ato judicial. Quando parte

<sup>38</sup> FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. A Necessária Elaboração de uma Nova Doutrina de Ministério Público, Compatível com seu Atual Perfil Constitucional. **JUS – Revista Jurídica do Ministério Público**, Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, v. 16, p. 181, 1994.

<sup>39</sup> FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *Op. cit.*, p. 181.

<sup>40</sup> DAL POZZO, Araldo Ferraz. **Propostas de Modificações na Estrutura e Forma de Atuação do Ministério Público**. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 1990, p. 14.

<sup>41</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 73.

principal, muito se discutiu a respeito da natureza da função do Ministério Público, na seara política e no processo penal, sustentando-se quatro posições: ele como um quarto poder, não se encaixando na clássica divisão tripartite dos poderes estatais; ele como pertencente ao Poder Judiciário; ele como parte instrumental equiparando-se à magistratura e sua atividade assemelhando-se à das partes privadas; e, finalmente, ele como parte comum. No sistema jurídico brasileiro predominou a terceira, sendo impossível negar-lhe a natureza de parte no processo penal, exercendo atividade postulatória, probatória e qualquer outra destinada a fazer valer a pretensão estatal em juízo.

Em suma, no âmbito criminal, portanto, precipuamente cabe-lhe a *persecutio criminis*; é o Ministério Público o titular da pretensão punitiva do Estado quando esta é levada a juízo. O Estado-Administração, como sujeito ativo da pretensão punitiva, tem no Ministério Público o órgão a que delega as funções destinadas a tornar efetivo o direito de punir, como dispõe, aliás, o artigo 24 do regulamento processual penal. Cumprindo-lhe provocar a atividade jurisdicional, para que seja apreciada e decidida uma pretensão punitiva devidamente deduzida na acusação que é objeto da denúncia, é evidente que o Ministério Público tem, no processo, a função e o papel de parte. Como o processo penal obedece ao princípio do contraditório, a ele, como representante da sociedade, cabe a função de acusar em nome da Justiça Pública. Sendo parte, é inquestionável sua legitimidade *ad causam* e a capacidade postulatória, como representante do interesse público, estando credenciado a todos os atos destinados à efetivação do *jus puniendi*, inclusive o de impetrar mandado de segurança contra ato judicial, diligências, ser intimado das audiências e das sentenças, inclusive das concessivas de *habeas corpus*, das quais pode recorrer, etc.<sup>42</sup>

Não obstante parte, o Ministério Público deve conduzir-se com imparcialidade, pois deve defender os interesses da sociedade e fiscalizar a aplicação e a execução das leis. Por isso, pode impetrar *habeas corpus*, fiscalizar a ação penal privada e, quando as provas evidenciam a inocência do acusado, pleitear a improcedência da

---

<sup>42</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 69-72.

pretensão punitiva pedindo a absolvição do réu. Mais do que isso, hoje é seguramente predominante a orientação de que pode recorrer em favor do réu.<sup>43</sup>

Em primeira instância, promove a ação pública o Promotor de Justiça. A denominação – que se tem preferido à de Promotor Público – foi acolhida, incidentalmente, pela Constituição de 1988 (art. 235, V). Em segunda instância, ou seja, junto aos tribunais (salvo os do júri e especiais), oficiam os Procuradores de Justiça, sendo chefe da Instituição o Procurador-Geral de Justiça.

É também função do Ministério Público, consoante a Constituição Federal de 1988, “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” (art. 129, VIII), cabendo-lhe, ainda, o controle externo da atividade policial, na forma de lei complementar (art. 129, VI).

Sobre sua participação direta na investigação preliminar, tecer-se-á algumas considerações no decorrer deste trabalho.

### 1.2.1.3 A defesa

Defesa, em sentido amplo, é toda atividade das partes no sentido de fazer valer, no processo penal, seus direitos e interesses, não só quanto à atuação da pretensão punitiva, como também para impedi-la, conforme sua posição processual.

Com o conferir-se ao acusado o direito à jurisdição penal, exercido por meio de um processo no qual se assegure ampla defesa, sobretudo em razão de atividade marcadamente contraditória, efetivada por órgão técnico, define-se a respectiva defesa como expressão da liberdade jurídica, inerente ao *status libertatis*

---

<sup>43</sup> Veja-se TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 384-390, v. 2.

e, mais especificamente, ao *jus libertatis*. Inexistente a defesa no processo, deve ser ele anulado.<sup>44</sup>

Dispondo o artigo 5.º, LV, da Constituição Federal, que são assegurados ao acusado o contraditório e a ampla defesa, com os “meios” e recursos a ela inerentes, deve-se entender que aqueles são os inerentes à ampla defesa. Somente os expedientes, métodos, formas e caminhos que estão ligados a ela é que são concedidos ao acusado.

Fala-se em defesa contra a ação e em defesa contra o processo. Na primeira hipótese, ela pode ser direta ou indireta, mas sempre atacará o mérito da acusação. Será direta quando o réu negar o fato ou a autoria; indireta, quando aduzir uma circunstância que neutralize a pretensão, como a arguição de extinção da punibilidade. Defesa contra o processo são as exceções, como quando se argui vícios ou nulidades do processo.<sup>45</sup>

Considera-se virtual a defesa deficiente, que pode anular o processo. O Supremo Tribunal Federal definiu o assunto na Súmula 523: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

### 1.3 A preparação da Ação Penal

Como já visto, se o que se pretende é estudar o exame prévio da admissibilidade da ação penal, necessário conhecer como se faz este exame, qual seu suporte fático, o que se apresenta ao Juiz para examinar, previamente, a admissibilidade da ação penal, qual seja, o resultado da investigação preliminar.

Ora, vislumbra-se processo penal sem investigação preliminar? Não, salvo se o indivíduo for submetido temerariamente a este instrumento jurídico.

---

<sup>44</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 419. v. 2.

<sup>45</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 493. v. 2.

Portanto, sem considerar as variantes de cada sistema ou modelo processual citados, tem-se que, cometido um fato definido em lei penal como crime, e tão logo lhe chegue a *notitia criminis*, o órgão competente inicia as investigações preliminares para que se colijam os primeiros elementos de prova que transluzem e dão contornos materiais ao delito perpetrado.

Este órgão competente pode, na verdade, ser múltiplo. Quer dizer, pode ser distribuída atribuição para mais de um órgão conhecer do fato e apurá-lo, concorrentemente com outros órgãos, ou não. No Brasil, segundo a Constituição Federal, art. 144, §§ 1º e 4º, tal órgão é a polícia judiciária.

A forma de realização e formalização dos atos de investigação poderá ser diferente em cada país analisado, com variações como: o prazo para sua realização; os poderes do encarregado da investigação; o destinatário da apuração; o alcance e o objeto dos atos; a publicidade ou sigilo das diligências e dos seus resultados; a participação da vítima; a participação do investigado; os meios e instrumentos de controles interno e externo do órgão; os recursos etc.

Destaca-se que, na sistemática processual de qualquer país, a fase mais particular, diferente, conflituosa, é a fase de investigação preliminar. Crê-se que pouco importa o modelo que se adota. O fato é que a fase processual, ou seja, após instaurado um processo, pode divergir, por vezes, no rito, poderes, deveres e direitos das partes e do Juiz. Contudo, no fundo, sempre se terá uma pessoa acusada – com ou sem defensor técnico; um órgão acusador – oficial ou privado; a apresentação de provas, com a contestação destas e oferecimento de outras por ambas as partes; o Juiz a conhecer dos argumentos e provas para, ao final, decidir pela condenação ou absolvição.

Já a investigação acolhe, em seus métodos, todas as inovações tecnológicas, com modernos equipamentos, meios e formas de se realizar uns e outros atos. Não pode ser realizada, apenas, nos gabinetes – como os julgamentos – e prédios oficiais: podem e devem realizar buscas e diligências nos mais diversos locais e misturar-se em todos os círculos sociais, pois o crime não faz distinções classistas. É uma atividade por vezes perigosa, geralmente de contato direto com pessoas violentas, traiçoeiras, ou pessoas “espertas”, de bons relacionamentos etc. Enfim, trata-se de atividade altamente complexa e imprevisível.

### 1.3.1 A Polícia Judiciária e o Inquérito Policial

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, a polícia, com o sentido que hoje se lhe empresta, de órgão do Estado incumbido de manter a ordem e a tranqüilidade públicas, surgiu entre os romanos. O vocábulo polícia, do grego *politéia* (de *pólis* – cidade), significou, a princípio, o ordenamento jurídico do Estado. Em Roma, o termo *politia* adquiriu um significado especial de ação do governo para manter a ordem pública, a tranqüilidade e a paz interna, passando, posteriormente, a indicar o próprio órgão estatal incumbido de zelar pela segurança dos cidadãos.<sup>46</sup>

Neste viés, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo ensina que a polícia, como instrumento da Administração, “é uma instituição de direito público, destinada a manter e a recobrar, junto à sociedade e na medida dos recursos de que dispõe, a paz pública ou a segurança individual”.<sup>47</sup>

A Polícia Judiciária tem por finalidade investigar as infrações penais e apurar a respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos para ingressar em juízo. Desenvolve, assim, a primeira etapa da atividade repressiva do Estado, desempenhando uma fase primária da administração da Justiça Penal.<sup>48</sup>

Cabe-lhe apurar as infrações penais e a sua autoria. Como refere José Antônio Pimenta Bueno, a Polícia Judiciária indaga de todos os fatos suspeitos, recebe os avisos, as notícias, forma os corpos de delitos para comprovar a existência dos atos criminosos, apreende e seqüestra os instrumentos dos crimes, colige todos os indícios e provas que pode conseguir, rastreia os delinqüentes, captura-os nos termos da lei e entrega-os à Justiça Criminal, juntamente com a investigação feita, para que a Justiça examine e julgue.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187. v. 1.

<sup>47</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Posição Institucional da Polícia. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: Centro de Estudos, n. 29, p. 251, out. 1986.

<sup>48</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Op. cit.**, p. 189, v. 1.

<sup>49</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Apontamentos Sobre o Processo Criminal Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1922, p. 11.

Para Heráclito Antônio Mossin, a Polícia Judiciária é repressiva, porquanto inicia por onde falhou a polícia de segurança, somente entrando em atividade quando houver cometimento efetivo de uma infração penal. Assim, pode-se afirmar que “a sua função primacial é apurar, através da investigação, infrações penais e sua autoria, como elementos preparatórios da ação penal”.<sup>50</sup>

No entendimento de Antonio Scarance Fernandes, a Constituição de 1988 firma a orientação de que compete à polícia a investigação das infrações penais, mas, ao mesmo tempo, limita, em vários aspectos, o seu poder investigatório.<sup>51</sup>

Claro está que, atribuída à polícia a função de investigar, a Constituição Federal, em vários aspectos, restringiu-lhe a força de atuação. No artigo 129, VII, previu-se como função do Ministério Público o “controle externo da atividade policial”. O artigo 5.º, XI, disciplina que as buscas e apreensões domiciliares, exceto nos casos de flagrante delito, só podem ser feitas mediante determinação judicial, ficando excluída a busca pela autoridade policial sem mandado ou a expedição por ela de mandado, como previa o Código de Processo Penal, em seu artigo 241.

A Lei Maior, no artigo 144, IV, preceitua que a Polícia Federal destina-se a “exercer com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”, e no § 4.º do mesmo artigo, que às “polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

A elaboração do inquérito constitui, assim, uma das funções da Polícia Judiciária, como faz ver o artigo 4.º do Código de Processo Penal: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Tourinho Filho entende, contudo, que o artigo 144 da Constituição Federal distingue as funções de apurar as infrações penais e as de polícia judiciária:

[...] às Polícias civis, dirigidas por delegados de Polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de investigar as infrações penais e sua respectiva autoria, bem como fornecer às

---

<sup>50</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 154.

<sup>51</sup> SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 251.

Autoridades Judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; realizar as diligências requisitadas pela Autoridade Judiciária ou Ministério Público; cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades competentes; representar ao Juiz no sentido de se proceder ao exame de insanidade mental do indiciado; cumprir cartas precatórias, expedidas na área da investigação criminal; colher a vida pregressa do indiciado; proceder à restituição, quando cabível, de coisas apreendidas etc.<sup>52</sup>

Segundo Antonio Scarance Fernandes, o fato de ter sido afirmado que as polícias federal e estadual exercem as funções de polícia judiciária não significa a impossibilidade de que outros órgãos venham, em determinadas circunstâncias, quando autorizados pelo ordenamento jurídico, a apurar, direta ou indiretamente, fatos criminosos. Nesse sentido, realizam também atividades de investigação as Comissões Parlamentares de Inquérito. É muito comum a apuração indireta de crimes através de sindicâncias e processos administrativos.<sup>53</sup>

Sintetizando, Antonio Scarance Fernandes argumenta que a Constituição atribui à polícia a função de investigar as infrações penais, mas previu o seu controle pelo Ministério Público, seguindo tendência universal, e restringiu, em parte, seus poderes de polícia em prol de maior garantia às pessoas presas ou submetidas a inquérito.<sup>54</sup>

Quanto ao instrumento da polícia judiciária, o Inquérito Policial, aduz Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, citado por Fernando de Almeida Pedroso, que “é o inquérito policial uma colheita de provas, sem forma ou figura de juízo, destinada a fornecer elementos para que a Justiça possa exercer sua função”.<sup>55</sup>

Conceitua-o José Frederico Marques: “inquérito policial é um procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal”.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 191. v. 1.

<sup>53</sup> SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 251.

<sup>54</sup> SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Op. cit.*, p. 254.

<sup>55</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal**. O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 58.

<sup>56</sup> FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2000. p. 153, v. 1.

O inquérito policial destina-se à apuração de fato que configure infração penal e a respectiva autoria, servindo de base à ação penal ou às providências cautelares. Como esclarece Flávio Meirelles Medeiros, a finalidade mediata do inquérito policial é a de fornecer subsídios para a promoção da ação penal, e a imediata é a apuração das infrações penais e de sua autoria.<sup>57</sup>

Em outras palavras, a finalidade do inquérito é apurar a existência de uma infração punível e descobrir os responsáveis. Não visa a determinar a condenação do indivíduo, que tem o direito de promover, desde logo, os elementos capazes de ilidir a acusação contra eles dirigida; é-lhes, portanto, perfeitamente lícito requerer qualquer diligência, que considerem útil aos interesses da sua defesa<sup>58</sup>, já dizia o mestre Espínola Filho nos idos de 1942. Fica ao critério da autoridade que preside o inquérito deferir tal pedido ou não o atender, o que, naturalmente, só fará se entender que a diligência desejada não é realizável praticamente, ou é inócua ou prejudicial à apuração exata dos fatos.

Frente ao exposto, pode-se inferir que o inquérito policial é o procedimento administrativo de polícia judiciária que visa a confirmação da existência ou não de uma determinada infração penal, suas circunstâncias e o estabelecimento da correspondente autoria.<sup>59</sup> Constitui o mais importante dos procedimentos prévios que se destinam à preparação da ação penal.<sup>60</sup>

O inquérito policial é simples instrução provisória, antecedendo a propositura da ação penal, por isso que se lhe dá a rubrica de procedimento administrativo pré-processual.<sup>61</sup> Contudo, depende da intervenção judicial para adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais. Não é processo: é, em verdade, um

---

<sup>57</sup> MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Do Inquérito Policial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 23.

<sup>58</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1942, p.265-266. v. 1.

<sup>59</sup> VIEIRA PINTO, Adilson José. O Inquérito Policial à Luz dos Direitos e Garantias Individuais da Constituição Federal de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: n. 27, p. 253, 1999.

<sup>60</sup> FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2000, p. 153, v. 1.

<sup>61</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 147.

procedimento administrativo informativo, não estando, portanto, para grande parte da doutrina, sujeito ao princípio do contraditório (natureza inquisitiva).<sup>62</sup>

Todavia, cabe assinalar que há hoje na doutrina entendimentos no sentido contrário, ou seja, defendendo a aplicação do princípio do contraditório no inquérito policial, valendo-se para tanto, dentre outros argumentos, o de que o inciso LV do artigo 5.º da Constituição Federal não excluiu de seu rol de atuação o inquérito policial, tanto por que determina a aplicação de tal princípio mesmo aos procedimentos administrativos e há de convir-se que se o inquérito não é processo, este é ao menos um procedimento administrativo, quanto porque o citado inciso se refere, expressamente, aos acusados em geral, não restando dúvida de que o indiciado possa ser qualificado como um acusado no sentido mais amplo dessa palavra.<sup>63</sup>

Com o objetivo de descobrir os responsáveis pelo ato violador da lei penal, o inquérito deve focalizar, particularmente, a pessoa ou pessoas que se aponta como autores da ação delituosa ou a sua identificação tão completa e precisa, quanto possível.<sup>64</sup>

### **1.3.2 Outros procedimentos apuratórios**

Preceitua o parágrafo único do artigo 4.º do Código de Processo Penal, referindo-se ao inquérito policial a cargo das polícias judiciárias, que “a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, *a quem por lei seja cometida a mesma função*” (sem grifo no original).

---

<sup>62</sup> Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 201 a 208, v. 1.

<sup>63</sup> Nesse sentido: LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 331-365. Partilham desse entendimento, ainda, Fauzi Hassan Choukr e Rogério Lauria Tucci, entre tantos outros.

<sup>64</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1942, p. 328, v. 1.

Importante frisar o texto grifado: a lei pode conferir a outras autoridades administrativas a *mesma função*, qual seja, apurar infração penal e sua autoria. Não se confunda com atividades administrativas outras que, no exercício de seu mister, apuram ilícitos administrativos que, também, podem constituir infração penal, ou seja, a atividade deste outro órgão não é apurar infração penal e sua autoria; apenas, por ser a infração penal latente quando do exercício das atribuições deste outro órgão, acaba por restar, ao final, também apurada.

Como exemplo, cita-se as atividades da Receita Federal: em nenhum momento eles apuram infração penal; apuram sonegação fiscal que, além de ilícito administrativo, também é ilícito penal. Assim, ao verificar que tal sujeito deixou de recolher algum tributo devido, a Receita Federal pode fazer uma representação fiscal para fins penais diretamente ao Ministério Público para que este intente a competente ação penal. Por quê? Porque estas peças de informação remetidas ao órgão ministerial já demonstram, por si só, a materialidade de uma infração tributária (tanto administrativo quanto penal) e a autoria. Nestas oportunidades, o inquérito policial é dispensável, conforme prevê o § 5.º do art. 39 do CPP.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, discutiu-se sobre a recepção, ou não, deste artigo, em decorrência do disposto no art. 144, §§ 1.º e 4.º. A doutrina e a jurisprudência posicionaram-se na recepção deste artigo pela nova Carta Magna, acolhendo, pois, a existência de outros procedimentos apuratórios de infração penal e sua autoria, como ocorre com: infração penal cometida na sede ou dependência do STF (art. 43 do Regimento Interno do STF); crime militar (art. 82 do CPP Militar); comissões parlamentares de inquérito, no âmbito do Poder Legislativo (art. 58, § 3.º, da CF e Lei n.º 1.579/52 – inquérito parlamentar)<sup>65</sup>.

Para os casos de cometimento de ato infracional por adolescentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê um procedimento especial, mas este também a cargo da Polícia Judiciária.

A Lei n.º 9.099/95 estabeleceu que, para as infrações de menor potencial ofensivo, o IP fosse substituído, sempre que possível, por um Termo Circunstanciado. Embora seja um instrumento eminentemente de Polícia Judiciária,

---

<sup>65</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 178, v. 1.

vários doutrinadores, membros do Ministério Público e até juízes entenderam que poderia ser operacionalizado pelas polícias ostensivas, as militares. Tem-se que esta postura conflita com a lei e não se trata de uma medida necessária e extraída dos princípios que a nortearam. As mudanças que a Lei n.º 9.099/95 introduziu exigiram, para sua aplicação, adequações do Poder Judiciário e do Ministério Público, assim como também exigiu adequações da Polícia Judiciária, e não seu afastamento, substituição ou distribuição de suas funções a outros órgãos de segurança pública, cada qual com atribuição extraída da Constituição Federal. Este equívoco, discorrido em pequeno artigo<sup>66</sup>, traz prejuízos aos direitos e garantias fundamentais daqueles indicados (e tão-somente indicados, por vezes) como autores de infrações penais de menor potencial ofensivo e, portanto, não pode prosperar.

O inquérito judicial, previsto para os crimes falimentares, foi, recentemente, pela Lei n.º 11.101/2005, substituído pelo inquérito policial, demonstrando, inequivocamente, a opção do legislador brasileiro em atribuir as funções investigatórias, sempre, à Polícia Judiciária, e, também, tornando mais puro o sistema acusatório na fase processual.

### ***1.3.3 O Ministério Público e a investigação preliminar***

O Ministério Público é instituição essencial à democracia e de papel importantíssimo na seara penal, competindo-lhe, no Brasil e na imensa maioria de países ocidentais, o exercício da ação penal.

Evoluindo sempre a passos largos, com honra e altivez, no Brasil, a Instituição foi fortemente marcada, nos últimos tempos, com a Lei Complementar n.º 41 de 1980 e com a Constituição Federal de 1988. Para o bem de todos, o legislador constituinte alçou o Ministério Público a um papel de extrema relevância social, atribuindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses

---

<sup>66</sup> PEROTO, Marcos Rogério. Em Defesa da Legalidade. **O Informativo**. Lajeado, p. 2, 03 ago. 2004.

sociais e individuais coletivos. Como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, dotou a Instituição e seus membros com as prerrogativas e garantias que entendeu necessárias para o exercício de seu mister.

Não quis o legislador constituinte originário que a investigação criminal preliminar fosse dirigida e/ou efetuada pelo Ministério Público. Atribuiu esta nobre função às polícias judiciárias (art. 144, §§ 1.º e 4.º), mas não deixou o titular da ação penal inerte frente a elas: concedeu-lhe o poder de requisitar a instauração de investigações, requisitar diligências, acompanhá-las, se entender necessário e, o mais importante, elevou-o a controlador externo da legalidade e da observância dos princípios legais pelo órgão investigador, da atividade policial. Prestigiou-se, assim, o sistema constitucional de freios e contrapesos e elegeu mais um direito fundamental às pessoas sujeitas à lei brasileira: saber por quem vai ser investigado e que este investigador tem limites a serem observados e é controlado em sua atividade por um órgão externo.

Porém, não raros doutrinadores e juristas - na maioria, membros do próprio *Parquet* - acharam por bem que a investigação preliminar lhes é devida e que esta conclusão encontra-se subsumida nos subterrâneos escuros do texto constitucional.

Como já se fez questão de constar, não se comunga com esta idéia.<sup>67</sup> Discorda-se das argumentações e exegeses de vários autores, mas, principalmente, alerta-se para a evolução que o modelo brasileiro oferece ao sistema acusatório, ao pugnar pela divisão de mais uma função: a de investigar.

Não obstante, discorrer-se-á, no item referente ao direito comparado, sobre as várias funções do Ministério Público e uma certa tendência mundial em torná-lo o condutor, diretor, coordenador ou dirigente das investigações preliminares. Porém, não se deve olvidar que a escolha deste modelo, da direção das investigações pelo MP, contrapõe-se, basicamente, ao modelo do Juiz de Instrução, não a um modelo em que as investigações sejam levadas a efeito por agências de investigação, normalmente pela polícia. Assim, em homenagem ao princípio acusatório, ao afastamento completo dos juízes da fase preliminar, opta-se pela direção da

---

<sup>67</sup> PEROTO, Marcos Rogério. **A Inconstitucionalidade da Investigação Criminal Realizada pelo Ministério Público**, Monografia apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito (Especialização em Direito Penal e Processual Penal), ULBRA, Canoas, 2004. p. 37-49.

investigação pelo Ministério Público. Contudo, normalmente estes países não conhecem uma estrutura de Polícia Judiciária semelhante à brasileira.

Ilustra bem a postura política mundial a respeito do Ministério Público o texto da Recomendação REC (2000)19, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 6 de outubro de 2000, elaborada sob a égide do Comitê Europeu para os Problemas Criminais, sobre o “Papel do Ministério Público no Sistema de Justiça Penal”. Acredita-se ser tal contribuição uma leitura importante, pois trata, dentre outros, das funções do Ministério Público, suas garantias e relações entre este e os poderes executivo, legislativo, judiciário e com a polícia, sendo muito ilustrativo de qual é o modelo de investigação preliminar que se quer obter para todo o continente europeu.<sup>68</sup>

#### 1.4 Das condições da ação e dos pressupostos processuais

Ainda como noções propedêuticas, tecer-se-á algumas linhas sobre as condições da ação e dos pressupostos processuais, numa visão ligada aos doutrinadores que pregam uma teoria geral do processo (civil e penal).<sup>69</sup>

Direito de ação, segundo Afrânio Silva Jardim, é:

o direito subjetivo público, autônomo e abstrato, de invocar a tutela jurisdicional do Estado, manifestando uma pretensão determinada, em juízo. Será penal a ação se a pretensão manifestada tiver que ser julgada ou atendida praticamente à luz da norma penal ou da norma processual penal.<sup>70</sup>

Segundo Eugênio Pacelli,

---

<sup>68</sup> Recomendação REC (2000)19. O Papel do Ministério Público no Sistema de Justiça Penal. **Comitê de Ministros do Conselho da Europa**. Disponível em <<http://www.coe.int>>, acesso em 12 jan. 2006.

<sup>69</sup> Há autores que contestam a teoria geral do processo, pregando que as individualidades dos processos penal e civil não a autoriza. A melhor doutrina discute, inclusive, a existência de condições da ação penal, principalmente na aplicação das condições da ação cível à penal.

<sup>70</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 92.

as denominadas condições da ação, no processo penal brasileiro, condicionam o conhecimento e julgamento prévio de determinadas exigências, ligadas ora à identidade das partes, com referência ao objeto da relação de direito material a ser debatida, ora à comprovação da efetiva necessidade da atuação jurisdicional.<sup>71</sup>

As condições da ação, então, constituem condicionamentos ao direito de agir. Sua inobservância não impede o direito subjetivo à jurisdição ou ao processo, quer dizer, o direito de obter qualquer pronunciamento do Poder Judiciário, mas, sim, como diz Pacelli, “ao julgamento da pretensão de direito material a ele apresentada, isto é, ao julgamento do mérito”.<sup>72</sup>

Observa-se, pois, que as condições da ação não são, na verdade, condições para a *existência* do direito de agir, mas tão-somente condições para o seu regular *exercício*.

Sem o preenchimento destas condições mínimas e genéricas teremos, no plano processual, o abuso do direito.

Quais seriam estas condições da ação?

São as mesmas que, classicamente, se apresentam no processo civil: a legitimidade das partes; o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Discorreremos sobre elas, e também dos pressupostos processuais, em linhas muito gerais, pois, como já dito alhures, embora o estreito relacionamento com o objeto específico desta pesquisa, trata-se, na verdade, daquilo que será disposto ao Juiz para o exame prévio da admissibilidade da ação penal, o objeto da análise judicial, e não ela propriamente dita.

Em “legitimidade de partes”, cuida-se de verificar a relação jurídica de direito material e, assim, verificar a legitimação *ad causam*. Esta se dará nos dois pólos da relação.

a) A legitimidade *ativa* para a promoção e desenvolvimento da atividade persecutória, que, no Brasil, como regra, é privativa do Estado, por meio

---

<sup>71</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. rev.atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 79.

<sup>72</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Op. cit.**, p. 80.

do Ministério Público, conforme se vê do art. 129, I, da Constituição Federal. Saindo da regra, e observando-se certos requisitos processuais, também pode ser desenvolvida por determinadas pessoas físicas – havendo inércia estatal, atividade subsidiária; e nos casos de iniciativa exclusiva.<sup>73</sup>

- b) A legitimidade *passiva*, tendo sempre uma pessoa física na relação jurídico-processual. Muito se discute sobre a possibilidade de figurar no pólo passivo uma pessoa jurídica. Embora dispositivos legais neste sentido, como a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605, de 13.02.98, art. 3º, amparado no art. 225, § 3º, da Constituição da República), o assunto ainda é delicado e controverso na jurisprudência e na doutrina.<sup>74</sup>

Necessário, também, observar a existência de capacidade postulatória, que só não é exigida nos casos de *Habeas Corpus* e Revisão Criminal.

Por “interesse de agir” – que alguns chamam de interesse-utilidade e outros interesse-adequação – deve-se entender a preocupação com a efetividade do processo, de modo a poder-se afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, “um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo”, ou seja, demonstrar-se, de plano, a inutilidade da atividade processual correspondente.<sup>75</sup>

Está presente o interesse de agir quando se verifica que o processo é condição única para satisfação da pretensão deduzida em juízo. No processo penal, sendo o *jus puniendi* exclusivo do Estado e vedada a autocomposição, haverá, sempre, interesse de agir.

O Poder Judiciário só deve ser provocado, pelo acusador, quando este puder apontar fato típico efetivamente “susceptível de punição”, diz Paganella Boschi. E continua:

---

<sup>73</sup> PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. rev.atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 81.

<sup>74</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal**. Denúncia, queixa e aditamento. 3. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 169.

<sup>75</sup> PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Op. cit.**, p. 80.

Resulta claro, então, que a persecução penal (embora incondicionada) só é de ser desencadeada após cuidadoso exame da situação, preservando-se, incondicionalmente, as liberdades fundamentais, suscetíveis de agressão em caso de descontrole ou de excesso na punição estatal. Não se diga, data venia, que o acusado tem direito ao processo para obter uma declaração de inocência. Afora o absurdo de alguém pretender ter o direito de ser “processado” ou “condenado”, jamais devemos esquecer que o processo é fonte de ansiedade – devendo ser sempre evitado quando não houver efetivo interesse social na persecução.<sup>76</sup>

“Possibilidade jurídica do pedido”, segundo Eugênio Pacelli, trata-se de “previsão no ordenamento jurídico da providência que se quer ver atendida”, ou seja, do *pedido*. Como exemplo, cita o requerimento de condenação do acusado à pena de morte. Porém, esclarece que, como no processo penal permite-se ao Juiz a correta adequação do fato à norma, caberia ao magistrado adequar a sanção, descabendo, então, falar-se em óbice à admissibilidade da ação por questões relativas ao pedido.<sup>77</sup>

Lembra o autor, porém, que diverso seria se a questão tratar da *causa petendi*, dizendo respeito à atipicidade. Nestes casos, em que o Juiz deve rejeitar de plano a pretensão punitiva por ausência de consequência jurídico-penal, há uma decisão de mérito, com efeitos de coisa julgada material. Portanto, não se pode falar em carência da ação por falta de uma de suas condições. Desta forma, impede-se a rediscussão da matéria – com base na mesma causa de pedir.<sup>78</sup>

Paganella Boschi analisa esta condição da ação, além do aspecto da tipicidade, também em relação ao consentimento do ofendido e dos elementos subjetivos do tipo. Conclui, após lembrar da utilização do habeas corpus para trancar ação penal intentada por fato atípico – vale dizer, sem possibilidade jurídica do pedido –, que “este exame não há que ser rigoroso, conclusivo, definitivo, aduzindo-se recomendável a mera confrontação da narrativa com a definição do tipo penal incriminador, eis que, nesta fase, a dúvida não favorece ao réu”.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal**. Denúncia, queixa e aditamento. 3. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 129. Continua o magistrado gaúcho, hoje aposentado, dissertando sobre o interesse de agir em relação com vários outros institutos processuais e penais: a punibilidade, provas mínimas, excludentes, prescrição e bagatela. p. 129-144.

<sup>77</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. rev.atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 83. A referência é válida para as ações penais públicas; para as privadas, o pedido de condenação só é obrigatório nas alegações finais.

<sup>78</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Op. cit.*, p. 84.

<sup>79</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. *Op. cit.*, p. 122.

Eugênio Pacelli também cita, ao tratar das condições da ação, considera serem as “condições de procedibilidade” verdadeiras *condições específicas da ação*.<sup>80</sup> Para Silva Jardim, entretanto, estas condições de procedibilidade podem ser perfeitamente conduzidas a categoria de possibilidade jurídica do pedido, e aí, então, tratadas como condições (gerais) da ação.<sup>81</sup>

As condições vistas dizem respeito ao *exercício* da ação penal.

Já os “pressupostos processuais” referem-se à *existência* do processo e à *validade* da relação processual. Os primeiros seriam requisitos sem os quais o processo não chegaria sequer a existir no mundo jurídico, seria um simulacro de processo. Já os segundos – os pressupostos de validade – condicionariam, não mais a existência do processo, mas sim o seu regular desenvolvimento.

#### **1.4.1 Justa Causa**

A questão da necessidade de fundamentação do juízo de prelibação sempre esteve ligada, também, ao conceito de “justa causa”.<sup>82</sup>

Termo equívoco, utilizado pelo legislador para indicar, por vezes, coisas diferentes, além de ter, no sentido que hoje se firmou – o de prova da materialidade delitiva e indícios suficientes da autoria – outras expressões sinônimas, que impedem a melhor nomenclatura científica, a “justa causa” e a necessidade de fundamentação do juízo de prelibação tiveram tratamentos desiguais nas diversas tentativas de se atualizar o CPP, como se verá em item específico, n.º 3.3.

---

<sup>80</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. rev.atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 85.

<sup>81</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 90.

<sup>82</sup> Para aprofundamento no tema, sugerimos a excelente tese de doutoramento de MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa para a Ação Penal**. São Paulo: RT, 2001.

Para Afrânio Silva Jardim, além das já conhecidas condições da ação do processo civil – a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido -, no processo penal acrescenta-se uma quarta: a *justa causa*, ou seja, um conjunto mínimo de provas em que deve fundar-se a acusação, visto que a mera instauração do processo penal já atinge a personalidade do imputado, já lhe provoca graves repercussões na órbita de seu patrimônio moral, partilhado socialmente com a comunidade em que desenvolve suas atividades.<sup>83</sup>

Rogério Lauria Tucci também admite a justa causa como condição da ação, mas não como uma espécie distinta e sim ligada à exigência de um legítimo interesse na instauração da ação, apto a condicionar a admissibilidade do julgamento do mérito. Logo, interesse de agir.<sup>84</sup>

Para Eugênio Pacelli, é também possível ainda analisar a questão, em tese, sob perspectiva diversa e rejeitar a justa causa como condição da ação. Sustenta o professor mineiro que, o admitir-se a rejeição da denúncia sob tal fundamento – o da falta de justa causa -, iria unicamente em favor dos “interesses persecutórios”, dado que permitiria ingressar-se novamente em juízo, após colher-se novas provas.<sup>85</sup>

Continua Pacelli sua exposição:

Ora, se a acusação não tem provas e nem as declina na inicial, não deveria propor a ação. Uma vez oferecida a denúncia, ou queixa, pode-se argumentar, a ação deveria ter seguimento, com a absolvição do acusado – e não a rejeição da denúncia, por falta de justa causa -, se insuficiente a atividade probatória da acusação.<sup>86</sup>

Seja como *quarta condição da ação*, seja inserida no contexto da demonstração do interesse (utilidade) de agir, a justa causa, enquanto conjunto probatório mínimo, sustentando a viabilidade da pretensão deduzida, pode e deve ser incluída entre as condições de admissibilidade da ação penal, como já é previsto

<sup>83</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 54. E não é só; entende o autor existir, ainda, uma quinta condição da ação: a originalidade. *Op. cit.*, p. 93, nota de rodapé n. 59.

<sup>84</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. Estudo sistemático. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 95).

<sup>85</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 90.

<sup>86</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Op. cit.*, p. 90-91. Discordamos desta posição, fazendo-o com os termos de Paganella Boschi, nota de rodapé n. 12.

na Lei de Imprensa (Lei n° 5.250/67, art. 44, § 1º), no Projeto de Lei n° 4.207/01 (veja-se os Anexos a este trabalho), como é pregado pela doutrina e vem sendo admitido pelos tribunais.

Desta forma, Silva Jardim conclui que:

Torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade.<sup>87</sup>

Portanto, não basta à denúncia ser formalmente apta, ou seja, obedecer aos requisitos dos arts. 41 e 43 do CPP. Necessário, também, que seja fundada, que encontre elementos fáticos, de prova, nas peças que a instruem – IP ou outras peças de informação -, sob pena de ser uma invenção do acusador. Porém, basta a existência mínima de provas, não a sua valoração. Esta ocorrerá apenas na decisão de mérito, após as provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Diferente fosse, seria o mesmo que dizer que o conteúdo do inquérito policial poderia levar à uma sentença condenatória, o que não é verdade. A “prova” do IP é da justa causa para a ação, e não para realizar o convencimento judicial sobre o fato processado.<sup>88</sup>

Foi feliz Eugênio Pacelli quando afirmou que a questão de se exigir lastro mínimo de prova pode ser apreciada também *sob a perspectiva do direito à ampla defesa*:

Com efeito, exigir do Estado, por meio do órgão de acusação, ou do particular, na ação privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5º, LV, CF, o campo onde irá se desenvolver a

---

<sup>87</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 97.

<sup>88</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Op. cit.*, p. 98.

defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação da *opinio delicti*.<sup>89</sup>

O conceito de “justa causa” não se encontra nos textos legais, mas sim na doutrina. Nas construções pretorianas, são exemplos os seguintes arestos:

RHC – CONSTITUCIONAL – DENÚNCIA – JUSTA CAUSA – Há justa causa, para a denúncia, quando a imputação narrar fato descrito como infração penal, subscrita por órgão que tenha legitimidade, não restando caracterizada extinção da punibilidade, encontrar respaldo fático (juízo de possibilidade) e ensejar o exercício do direito de defesa (STJ, 6a T. Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO. DOU de 26.10.98, p. 159).

HC. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. Em sede de habeas corpus, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, (1) desponta a inocência do acusado, (2) a atipicidade da conduta ou (3) se acha extinta a punibilidade (STJ, 6a T., Rel. Min. FERNANDO GONÇAVES, DOU de 12.08.97, p. 36281).

Cezar Bitencourt também vincula a justa causa para a propositura da ação penal com as condições da ação, motivo pelo qual cita o pensamento de Dirceu Aguiar Dias Cintra Júnior (*in* Boletim do IBCCrim, n.º 45, p. 12), com o qual concorda, no sentido de que o Juiz, no Estado de direito, deve fiscalizar a estrita legalidade da atividade repressiva do Estado. Logo, conclui Bitencourt, o exame preliminar quanto à existência de “justa causa” é indispensável para que alguém possa ser sujeitado a um processo crime, ainda que o seja no Juizado especial.<sup>90</sup>

Portanto, somente após o exame prévio, pelo Juiz, do preenchimento das condições da ação – incluída aqui a justa causa – e dos pressupostos processuais, é que a ação penal deveria ser admitida, vale dizer, seria a denúncia recebida.

A demonstração, pelo Juiz, de como chegou ao juízo positivo de admissibilidade da ação penal, deveria ser o objeto da fundamentação de sua decisão de recebimento da inicial acusatória, garantindo-se, desta forma, os direitos fundamentais do imputado.

---

<sup>89</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. rev.atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 90.

<sup>90</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 155.

## 2 MODELOS DE EXAME PRÉVIO DA ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Não se poderia deixar de, antes de verificar alguns outros modelos de exame prévio da admissibilidade da ação penal pelo mundo afora, fazer algumas advertências, pois, como já lembrava Aury Lopes Junior, o “estudo do direito estrangeiro é sempre altamente perigoso”.<sup>91</sup>

Busca-se verificar os dois sistemas legais mais conhecidos, os oriundos da *common law* e os da *civil law*. Dentre estes últimos, não se olvida dos sistemas judiciais por excelência: o espanhol e o francês; tampouco do italiano, o alemão e o português, mais recentes.<sup>92</sup> Ainda, verificar-se-á o modelo da Argentina<sup>93</sup> e, lembrando da guerra fria e dos modelos socialistas de legislação, examinar-se-á o modelo russo.<sup>94</sup>

Destacar-se-á a existência e forma da “fase intermediária”, verdadeiro “elo de ligação entre as fases pré-processual e processual, atuando como um juízo contraditório de pré-admissibilidade da acusação”.<sup>95</sup>

Porém, para que não fique algo desconexo, tratar-se-á do assunto, em linhas gerais, desde o cometimento do fato que interessa ao processo penal e da investigação preliminar até a apresentação do caso ao Judiciário.

---

<sup>91</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 223.

<sup>92</sup> Na redação deste capítulo, o texto-base foi o excelente **Sistemas de Processo Penal en Europa**, organizado por Ramón Maciá Gómez e publicado, em 1998, pela Cedecs, de Barcelona, cuja leitura completa recomenda-se aos interessados pelo tema. Trata-se de publicação da compilação do resultado de questionário que o organizador enviou a operadores jurídicos de vários países (veja-se o Sumário do livro) sobre o sistema processual adotado em cada um, abordando temas como a investigação preliminar, a fase acusatória, a fase judicial, a sentença, os recursos, o cumprimento da sentença, as penas, etc. Foi complementado e verificado, ainda, com as obras dos seguintes autores: LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 223-262; MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de Investigação Criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 91-183; GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; e, por fim, a consulta direta à legislação processual do país, quando referida.

<sup>93</sup> RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público**: Visão Crítica. 2. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 147-165.

<sup>94</sup> MACIÁ GÓMEZ, Ramón. *Op. cit.*, p. 331-354.

<sup>95</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 171.

O exame prévio da admissibilidade de uma ação penal, como já dito, é uma fase intermediária entre a fase investigativa preliminar e a processual propriamente dita. Se, para visualizar o intermediário não é preciso, necessariamente, conhecer o todo, importante é indicar para onde irá – neste caso, para o processo – e de onde veio. Por isto, entende-se por salutar incluir, na medida do possível e do necessário, informações sobre a atividade estatal imediatamente anterior ao exame prévio da admissibilidade da ação penal, porque preparatório deste.

O Brasil é um país continental. A maioria dos países que serão vistos, com exceção dos Estados Unidos e da Rússia, não é maior do que um ou dois Estados-membros da federação brasileira. Salvo os problemas da Argentina e da Rússia, todos possuem um alto índice de desenvolvimento humano, são economicamente desenvolvidos, possuem melhores e eficazes programas de assistência social, melhores condições de vida e distribuição de renda, instituições muito mais sedimentadas e estruturadas – fruto da própria idade de cada país, com seus servidores melhor remunerados, menores taxas de criminalidade, enfim, uma gama de fatores incapazes de serem comparados a um país de Severinos, mensaleiros, Marcola e outros atores.

Ora, somente a Suíça, do tamanho do Rio Grande do Sul, possui vinte e seis sistemas processuais diferentes, um para cada cantão e semicantão. Claro que alguns possuem características muito semelhantes, mas outros são bem distintos, inclusive alguns com inspiração alemã e outros com inspiração francesa. Evidente, pois, que um único modelo de processo penal para todo um país como o Brasil, com características históricas, sociais, econômicas e culturais tão diversas entre seus estados-membros – muitos possuem diferenças significativas em seu próprio território, além de aplicar os mesmos institutos para quase toda espécie de figura delituosa –, embora o bônus que se tenha com a segurança e unificação jurídica trará em si enormes ônus.

## 2.1 Os modelos da *Common Law*

### 2.1.1 Estados Unidos da América

Há diferença entre o processo nos Estados-membros e o do governo federal. Não só no campo processual, mas também materialmente, cada estado-membro – são cinquenta, mais o Distrito de Colúmbia – tem seu código penal e processual penal, co-existindo com o federal “Código dos Estados Unidos”, dividido em Títulos, sendo que o Título 18 inclui a maioria dos tipos penais. A Constituição americana, com as conhecidas “Emendas”, são aplicáveis, inicialmente, ao sistema judicial federal. Porém, a maioria dos estados-membros, inclusive por decisões da Suprema Corte, que revisa decisões de ambos sistemas, seguem estas regras e princípios. Por exemplo, a Quarta Emenda, que limita a investigação e a acusação infundada. Por “tribunal”, entende-se todo órgão judicial, monocrático ou colegiado, sendo este colegiado, muitas vezes, composto por Jurados, como é o Tribunal do Júri no Brasil. As próximas linhas tratarão, basicamente, do sistema federal<sup>96</sup>.

Vige o princípio acusatório, velando pela neutralidade e imparcialidade do juiz. Contra o acusado vige o princípio da inocência e, em juízo, tem ele direito ao contraditório e de ser representado, defendido e aconselhado por advogado. Para ser condenado, necessário provar que o réu é culpado “além de uma dúvida razoável”. Há obediência integral ao *due process of law* e os casos, mais do que pelo direito positivo, são decididos com a aplicação dos “precedentes”.

Não há a figura do Juiz de Instrução. O Juiz, no sistema americano, apenas age como garantidor dos direitos do investigado. Para tanto, os tribunais americanos possuem sistemas de plantão, havendo sempre um magistrado pronto a conhecer de um requerimento ministerial, policial ou da defesa.

---

<sup>96</sup> MORGAN, Virginia. Estados Unidos de América. In: MACIÁ GOMES, Ramón (Coord.). **Sistemas de Proceso Penal en Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998, p. 125-150.

Caso o delito seja estadual, a investigação fica a cargo do próprio estado, mediante a polícia dos condados ou a polícia estadual. No caso de delito federal, a investigação é realizada por organismos investigatórios federais (não há forças propriamente policiais no âmbito federal). Os integrantes destes órgãos, federais, estaduais ou municipais, são por vezes tratados como “oficiais da lei e da ordem”. Podem trabalhar conjunta ou separadamente.

O início das investigações, tanto pelos agentes das polícias estaduais ou municipais quanto pelos agentes federais, ocorre *ex officio*, tão logo tenham conhecimento de algum ilícito praticado. São os oficiais da lei e da ordem que dirigem as investigações, sempre em coordenação com o Ministério Público. Não obstante, nos escritórios do MP pode haver um corpo de investigadores, principalmente para atuarem durante a fase em que o caso está no Grande Júri. O resultado das diligências, dos atos investigatórios, é anotado e juntado em um expediente chamado “informe”, que deve ser o mais preciso e completo possível.

A fase de investigação é sigilosa; apenas após o “Grande Júri” será pública. Nesta fase, há testemunhos chamados de referência, ou seja, de indícios e rumores que colaboram na apuração do crime. Também se produzem provas como aquelas produzidas aqui no Brasil. Muito do produzido não é admissível em juízo. Porém, os agentes federais e policiais juram, perante a Corte, a veracidade dos “informes” que produziram.

Finda a fase investigatória (não se encontrou a prescrição de algum prazo), a cargo das polícias, o expediente (informe) é encaminhado ao Ministério Público (*prosecutor*) que pode ou apresentar uma acusação formal contra o investigado, ou solicitar novas investigações – por entender que não há elementos suficientes para a ação penal – ou arquivar o feito. Nesta fase, os agentes federais ou policiais assistem e colaboram com o Ministério Público.

Verificado pelo MP que há elementos suficientes a embasar uma acusação, esta é apresentada, na forma de documento chamado *Arraignment* (denúncia, no Brasil), que é uma declaração escrita das acusações, perante um tribunal, onde, como já visto, os policiais jurarão a veracidade do informe.

Este documento constitui a peça preliminar para a acusação de um denunciado. Verificando, o Tribunal, haver uma “causa provável”, o acusado passará

a responder perante um órgão do Departamento de Justiça chamado “Grande Júri”.<sup>97</sup> Neste órgão, o MP terá que demonstrar as provas existentes contra o acusado. Será o Grande Júri que decidirá se a acusação tem um caso, ou seja, se as provas são suficientes para submeter o acusado ao Tribunal, através de *Indictment* – acusação escrita formal. Nas justiças estaduais, por vezes, pode ser dispensado o sistema do Grande Júri, demorado e caro. Nestes casos, a acusação será apresentada, pelo Ministério Público, diretamente ao Tribunal, que decidirá sobre a admissibilidade da causa.

Aceita a denúncia, o acusado comparecerá perante o Tribunal, acompanhado de advogado, para a leitura da acusação, sendo informado de seus direitos e declarar-se-á *guilty* (culpado), *not-guilty* (inocente) ou *nolo contendere*, ou seja, não se opõe à acusação. Se a declaração for de “culpado”, normalmente haverá uma redução da pena a ser aplicada e não haverá instrução, pois o acusado costuma abdicar de seu direito ao julgamento. Normalmente, esta declaração advém de um prévio acordo entre a Defesa e a Acusação, que utiliza largamente de sua disponibilidade negocial, o *plea bargaining*. A declaração de “nada a contestar” gera os mesmos efeitos da acusação de culpado, porém não há a admissão de culpa para os efeitos civis da causa. Caso a declaração for de “inocente”, haverá regular instrução e julgamento.

Portanto, este é o Exame Preliminar: se o MP oferece denúncia, o acusado tem direito a uma audiência preliminar, em um prazo razoável, ante o Tribunal, assistido por advogado, para contestar a “causa provável” apresentada pela Acusação. O Tribunal, que pode ouvir testemunhas, determina se há indícios suficientes – *probable cause* – da existência de crime e de que o acusado seja o seu autor. Se depois desta audiência o Tribunal encontra os indícios de *causa provável*, o acusado será enviado para os procedimentos adicionais ante o Grande Júri ou, como já se aduziu, em crimes não graves<sup>98</sup>, nos sistemas estaduais de justiça, será recebida a denúncia e será processado e julgado perante a Corte.

---

<sup>97</sup> Possui de 6 a 23 membros (23 no sistema federal) e uma maioria deve acordar sobre a viabilidade da acusação pretendida pelo *Prosecutor*. Só aí autorizar-se-á a denúncia formal.

<sup>98</sup> Segundo a Suprema Corte americana, delito grave é aquele em que a pena máxima é superior a seis meses de cárcere, onde o acusado tem o direito a um julgamento pelo Júri.

Indo ao Grande Júri, percebe-se que a “fase preliminar”, aquela de formulação do juízo de recebimento da denúncia e submissão do acusado à julgamento, à instauração efetiva de uma ação penal, desenvolver-se-á não apenas em uma, mas em duas etapas: uma frente ao Tribunal e, se este entender cabível, outra frente ao Grande Júri para, só então, o indivíduo ser processado.

Se para ser processado o acusado precisa ter, contra si, uma causa provável, para ser condenado o corpo de jurados deve concluir, de forma unânime<sup>99</sup>, haver “além de uma dúvida razoável”.

### **2.1.2 Inglaterra**

Muito parecido com o sistema americano, inclusive no tocante aos direitos assegurados ao investigado, vigendo, também, o princípio acusatório.<sup>100</sup>

Não há a figura do Juiz de Instrução ou outros magistrados investigadores. Os julgamentos dos casos mais graves são realizados por um Juiz e um Júri – com 12 juízes leigos – no chamado Tribunal Criminal Regional. Já os casos menos graves são de responsabilidade de magistrados dos Juizados de Paz, também chamados Juizados Correccionais. Das decisões destes, cabem recurso àquele.

A primeira responsável por prevenir e investigar os delitos é a polícia. No desenvolvimento das investigações pode desenvolver várias ações, inclusive manter os suspeitos sob custódia.

As investigações são sigilosas e trata-se de um procedimento escrito. As pessoas não são obrigadas a depor, mas tomar depoimentos é uma das ações investigativas. Não há um rito preestabelecido, mas, para cada prova colhida, há formalidades que devem ser observadas. A polícia pode deter os suspeitos,

---

<sup>99</sup> O corpo de Jurados, normalmente, é composto de 12 membros (o acusado pode admitir, em certos casos, por escrito, número menor, até o limite de 6 membros). Caso não seja possível ao Júri chegar a um veredicto unânime o Juiz pode anular o julgamento e convocar novo Júri.

<sup>100</sup> McNAUGHT, John. Inglaterra. In: MACIÁ GOMES, Ramón (Coord.). **Sistemas de Proceso Penal en Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998, p. 213-230.

independentemente de flagrante delito e, em alguns casos, há determinação de que se apresentem os detidos a um juiz dentro de um espaço de tempo muito curto.

O acusado é informado, sempre, que não tem obrigação de responder às perguntas, mas advertido que o silêncio pode prejudicar sua defesa. Ao ser detido ou acusado, tem o direito de conhecer o inteiro teor da acusação e das provas contra si. Deve apresentar os meios de prova das alegações que faz em seu favor, sob pena de serem desconsideradas.

Ao final das investigações, o caso é entregue ao “Serviço de Acusação da Coroa”, responsável pela acusação em juízo. Não há a figura do Ministério Público como se conhece por aqui e em outros países do continente europeu. O “Serviço de Acusação da Coroa” foi fundado em 1986, possuindo caráter nacional, sendo independente e composto de advogados assalariados que dirigem as acusações em nome do Reino. São dirigidos pelo Diretor de Acusações Públicas. Os papéis principais deste órgão são o de assessorar a Polícia, revisar as decisões de acusação, preparar os casos para a ação penal e processar os acusados.

Não há exclusividade na propositura da ação penal pública.

Há previsão de acusação privada, mas é muito pouco utilizada.

Este órgão trabalha junto às polícias, por vezes acompanhando o trabalho destas, mas não há qualquer relação de interdependência.

Por vezes, a própria polícia pode decidir que não há provas suficientes para formular uma acusação e, então, arquiva o caso. Outras vezes, quando o suspeito admite a culpa, pode a própria polícia decidir da desnecessidade de processar o sujeito e impor-lhe apenas uma multa – que não contará como antecedente. A polícia pode, também, *de per si*, conceder fiança aos suspeitos e aos seus próprios acusados – quando a própria polícia, e não a acusação da Coroa, apresenta denúncia contra alguém junto ao Juizado Correcional.

A decisão de processar, ou não, implica no emprego de uma discricção muito grande, dividida em duas fases. Na primeira, verifica-se se há provas evidentes para realizar uma acusação formal contra o investigado, fazendo-se a pergunta: há prova suficiente para determinar uma possibilidade real de condenação? Aqui se visa a valorar a extensão, confiança e admissibilidade legal das provas disponíveis. Sendo a resposta negativa, não interessa quão grave seja o crime analisado, a acusação

não será feita. Se positiva a resposta, passa-se à segunda fase, na qual o Serviço de Acusação da Coroa deverá considerar todas as circunstâncias e chegar a uma decisão para determinar se uma acusação é necessária para o interesse público. Sendo possível e necessária a acusação, será ela apresentada.

Não há cominação de pena mínima para os “delitos criminais” previstos na legislação; ficam a cargo do prudente arbítrio do Juiz. A gravidade do crime é que definirá a competência. No Tribunal Criminal Regional há o chamado “juízo de processamento”. Já perante os Juizados Correccionais há o “juízo sumário”, por exemplo, para os delitos sumários, como os delitos de trânsito. No entanto, o procedimento de ambos é muito similar. É um procedimento contraditório, no qual, como nos Estados Unidos, a declaração do acusado de ser inocente ou culpado gerará conseqüências diversas, similares às deduzidas no subitem referente aos Estados Unidos.<sup>101</sup>

Não há uma fase preliminar entre a investigação e a instauração do procedimento penal, nos moldes do Grande Júri americano. Tampouco há um órgão judiciário específico para o exame prévio da admissibilidade da ação penal.

Quem realiza tal exame e decide – fundamentadamente - sobre a denúncia ofertada é o mesmo juiz que irá julgar a causa.

## **2.2 Alguns modelos da *Civil Law***

### **2.2.1 Alemanha**

A lei processual penal alemã, o StPO, data de 1877, com várias alterações posteriores e obedecendo à Lei Fundamental de 1949, a GG.

---

<sup>101</sup> Entre as diferenças, as decisões não precisam ser unânimes, mas devem atingir o mínimo de adesão de 10 dos 12 jurados.

O princípio adotado, no processo alemão<sup>102</sup>, é o acusatório. Na investigação preliminar, o inquisitivo.

A investigação preliminar, chamada de “processo de instrução” ou “diligências prévias”, está nas mãos do Ministério Público, que investiga os fatos com ajuda da Polícia e decide, por si só, se apresenta uma acusação ou se arquivava o expediente investigatório por falta de provas. Este arquivamento, porém, pode ser contestado em juízo pelo prejudicado. Se o Tribunal entender que havia elementos suficientes para uma ação penal, apresenta uma “demanda pública”, exceção ao princípio acusatório, vinculando-se o Ministério Público à ação.

As diligências prévias são secretas. O acusado e seu defensor não têm direito de acompanhar e verificar as investigações preliminares, ou seja, de consultar os autos da instrução prévia ou assistir às diligências realizadas, salvo exceções. Não necessitam ser comunicados da instauração do feito investigatório. Se não tiver defensor, não lhe será nomeado um, visto não vigorar o princípio da necessidade de defesa, salvo para casos graves ou perante um tribunal superior. Pode requerer provas, mas estará sujeito a uma decisão discricionária da Promotoria.

Trata-se de procedimento escrito, no qual se colhe depoimentos de testemunhas, acusados e vítimas, realizam-se perícias, apreensão de objetos, buscas para localização de provas, escutas telefônicas, e outras diligências próprias de investigação. Não há prazo previsto para o término das investigações.

As provas levantadas, se embasarem uma acusação, serão então examinadas pelo competente órgão judiciário.

A sentença final não pode fundar-se no que foi apurado nas diligências prévias, mas no que foi exposto e discutido em juízo, em procedimento oral, quando são novamente ouvidas as testemunhas, os peritos, enfim, há um procedimento firmado no contraditório e na ampla defesa, apenas permitindo-se a leitura de depoimentos anteriores, colhidas nas diligências prévias, em casos excepcionais, ou

---

<sup>102</sup> BOSS, Hans. Alemanha. In: MACIÁ GOMES, Ramón (Coord.). **Sistemas de Processo Penal en Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998, p. 21-38; LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 249-256; GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 119-127.

seja, o valor probatório dos atos do Promotor, a natureza jurídica destes, quando realizados na instrução criminal, são de meros atos de investigação. Outros, no curso do processo, ou mesmo como produção antecipada de provas, terão natureza de atos de prova e, portanto, valor probatório.

As infrações penais são divididas em delitos, faltas e contravenções, sendo que para as duas últimas há procedimentos mais simples. Quanto aos delitos, o procedimento investigatório, tanto para os mais graves quanto para os mais leves, é o mesmo. Porém, aplica-se o princípio da proporcionalidade para efetuar-se um procedimento mais rápido no caso dos delitos leves. E, tanto nestes quanto nas faltas e contravenções, o princípio da obrigatoriedade é mitigado pelo da oportunidade, por política criminal e atendendo à forte influência doutrinária do direito penal mínimo, do princípio da insignificância, da teoria social da ação etc.

A *notitia criminis* pode ser apresentada em qualquer sede da *Polizei*, da Promotoria ou de Juízo. As autoridades policiais de investigação penal estão obrigadas a verificar qualquer denúncia e realizar as diligências oportunas, inclusive em casos de denúncias anônimas. Após esta investigação inicial, tomadas as medidas urgentes e colhidas as provas possíveis, por escrito, deve encaminhar tal expediente ao Ministério Público. Este ordenará as investigações que ainda se façam necessárias e se servirá, para tanto, da ajuda da Polícia. Há organismos policiais em quais se encontram as tais autoridades policiais de investigação penal, como a Polícia Federal Criminal. A vítima não possui nenhuma prerrogativa ou participação ativa.

.Não existe ação penal pública popular, sendo tal monopólio do Estado. Há, porém, ações penais privadas, cujo patrocínio também é função do MP. Nestas, o “acusador privado” pode requerer à Promotoria que realize as diligências prévias para embasar sua causa em juízo.

Não existe a figura do Juiz de Instrução, desde 1975. O Juiz somente participa durante o processo de instrução como “juiz de garantias”, ou seja, nos casos em que o MP necessite de medidas apenas autorizáveis pelo Judiciário, como prisão preventiva, busca domiciliar etc.

O Ministério Público, dono e senhor do procedimento de instrução (diligências prévias), é regido pelo princípio da obrigatoriedade – muito embora mitigado –,

indisponibilidade e oficiosidade, com as exceções já expostas. Deve buscar a imparcialidade e conta com a ajuda da polícia no desempenho de suas funções.

Trata-se de órgão administrativo (não judicial), organizado em uma estrutura hierarquizada, isto é, o promotor deve obediência a superiores, não havendo independência funcional. O Promotor-Geral Federal é subordinado ao Ministro da Justiça e os estaduais ao respectivo governante. Deve fundar sua ação na verdade e na justiça. Não há a garantia da inamovibilidade. Há uma Promotoria-Geral federal e promotorias-gerais em cada estado-membro. O promotor tem a mesma formação jurídica de juízes e advogados.

Finda a investigação preliminar, que para iniciar precisou apenas de “meros indícios fáticos”, o MP decidirá pelo arquivamento – por atipicidade, falta de elementos suficientes para o exercício da ação penal ou, até mesmo, por critérios de oportunidade – ou pelo exercício da ação penal.

Haverá, então, a *fase intermediária*, consistente numa análise do caso para verificar se existe realmente uma suspeita suficientemente apta para imputar a uma pessoa o cometimento de um delito e iniciar o processo. Serve, portanto, de controle da investigação preliminar e evita o que Aury Lopes Jr. chama de “perigos da denúncia direta”.<sup>103</sup>

A fase intermediária consiste numa audiência em que o acusado pode apresentar provas e prestar declarações, buscando contrariar a acusação e elidir o processo. A decisão será tomada por um tribunal, que admitirá a instauração da ação penal quando considerar que a pessoa imputada é suficientemente suspeita de haver praticado um fato com aparência de delito, dando então início à fase processual propriamente dita. Caso o tribunal entenda por inexistir suspeita suficiente, determinará o arquivamento.

Na Alemanha, o mesmo tribunal que presidiu a citada fase intermediária, ou seja, que analisou o resultado da investigação preliminar e aceitou a acusação, será o que processará e julgará o acusado.

---

<sup>103</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171.

Este, em poucas linhas, o procedimento comum. Há outros procedimentos especiais, mas, o que se pretende, é demonstrar que existe uma fase preliminar de análise da denúncia, com a possibilidade de contraditório e ampla defesa, com conseqüente decisão fundamentada de recebimento, ou não, da denúncia.

É o que se postula para o Brasil.

### **2.2.2 Espanha**

O modelo espanhol<sup>104</sup> de investigação preliminar é dominado pela figura do Juiz-Instrutor. Os atos não são apenas produzidos na presença dele; são colhidos e produzidos pelo próprio. Atua de ofício e não está cingido a nenhum limite, salvo a lei. Contudo, há imensa preocupação em manter a imparcialidade do juiz julgador, sendo que o Juiz-Instrutor estará impedido de agir na fase processual.

Na Espanha tem-se um modelo policial parecido com o brasileiro, com a polícia de segurança prevenindo os crimes e a Polícia Judiciária apurando-os. A Polícia Judiciária tem uma disposição exótica: é subordinada ao Ministério do Interior, atuando na proteção do livre exercício dos direitos e liberdades e garantindo a segurança pública. Porém, a Polícia Judiciária também tem, legalmente, uma dependência funcional, ou seja, é vinculada ao Poder Judiciário (Tribunais e Juízes de Instrução) e ao Ministério Público, no desempenho das funções de averiguação do delito, descoberta e detenção dos delinqüentes.

Constitui, a Polícia Judiciária, um ramo da função judicial do Estado, servindo para a administração do direito e, mais especificamente, para preparar a atuação do direito. Trata-se de uma polícia técnica, tendo sua atuação destinada ao Juiz

---

<sup>104</sup> PRADA SOLAESA, José R. de. España. In: MACIÁ GOMES, Ramón (Coord.). **Sistemas de Proceso Penal en Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998, p. 91-124; LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigación Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 223-237; GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 155-167.

Instrutor ou ao Promotor. O art. 445 do Código de Processo Penal espanhol atribuiu-lhe funções muito semelhantes às atribuídas pelo CPP brasileiro à Polícia Civil ou Federal. Porém, para garantir a realização da investigação preliminar, estabelece a lei que os membros da Polícia Judiciária gozam de inamovibilidade enquanto atuam em uma investigação concreta, ou seja, até que a finalizem.

Suas atividades investigativas, porém, são sempre determinadas pelo Juiz-Instrutor e, em menor grau, pelo Promotor, quando responsáveis e condutores das atividades preliminares, decidindo o quê e como se deve fazer e como, sendo que, havendo conflito entre as manifestações do Juiz e do Promotor, prevalece a posição do Juiz.

O auxílio da Polícia se dá na fase chamada “instrução preliminar” ou “fase pré-processual”, antecedente à fase processual propriamente dita, chamada *juicio oral*, havendo, entre elas, uma fase intermediária, destinada a decidir sobre a conclusão da instrução preliminar e a abertura do processo ou o seu arquivamento.

A instrução preliminar está dividida em três formas distintas:

- a) o *Sumario*, para os delitos graves, com penas superiores a nove anos, de instauração obrigatória e sob a direção do Juiz-Instrutor;
- b) as *Diligencias Previas*, tratando-se de um procedimento abreviado, destinado para delitos cuja pena não exceda a nove anos, reservada à competência do Júri, e dirigido ou pelo Juiz-Instrutor ou pelo Promotor (normalmente pelo primeiro, pois este último até resiste em cumprir esta função), sendo que, havendo instrução paralela, ela cederá em favor do primeiro; e
- c) a *Instrucción Complementaria*, destinada a preparar a fase processual nos processos de competência do Tribunal do Júri.

Esta divisão ocorreu quando, em 1988 e em 1995, tentou-se aplicar a tendência de outorgar ao Ministério Público a investigação preliminar que, por

diversos motivos e inúmeras resistências, resultou em um sistema híbrido, criticável sob o ponto de vista teórico e também prático.<sup>105</sup>

No *Sumario*, vige o princípio da obrigatoriedade, da oficiosidade e da indisponibilidade. Trata-se de procedimento escrito, sigiloso, com início diferente segundo seja a *delatio*. O mesmo ocorre nos outros procedimentos, sendo que neles a participação dos demais órgãos – Ministério Público e Polícia Judiciária – é mais ativa, se bem que ainda dependente da posição do Juiz-Instrutor. Pode, contudo, o Promotor colher, por si mesmo, provas, ou determinar diligências pela Polícia Judiciária. Porém, os atos praticados pelos últimos serão tratados como meios de investigação e não como meios de prova.

O Ministério Público é vinculado ao Poder Executivo. A Instituição não goza de independência funcional; ao contrário, sofre forte influência política. Há subordinação interna, tanto aos superiores, quanto às instruções normativas.

A ação penal pode ser pública, condicionada ou privada. A pública é movida pelo Ministério Público, porém sem exclusividade, havendo a figura – aliás muito usada – da ação penal popular<sup>106</sup>.

Após a fase preliminar e aceita a formação do processo, irá o Ministério Público funcionar como órgão acusador junto aos tribunais. Nesta fase, os princípios informadores do sistema acusatório dominam amplamente, como o contraditório pleno, direito de defesa, publicidade etc. A lei processual penal, na Espanha, estabelece que a convicção direcionada a uma sentença absolutória ou a uma sentença condenatória é a que irá se formar exclusivamente com as provas produzidas no *juicio oral*. Isso não seria possível se o juiz que instruiu o feito fosse o mesmo que proferisse a sentença.

---

<sup>105</sup> A respeito, ver DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. **Jueces Imparciales, Fiscales Investigadores y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal**. Barcelona: PPU, 1988 e GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. El Ministerio Fiscal, Director de la Investigación, In: \_\_\_\_\_. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 120-137.

<sup>106</sup> Todo cidadão espanhol, ofendido ou não pelo delito, pode exercer esta ação popular, sendo que, em alguns casos, tal legitimidade também é reconhecida ao estrangeiro. GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 157, nota de rodapé n. 379.

Entretanto, apenas se declarará aberto o *juicio oral* quando o imputado, segundo a instrução, aparecer como autor dos fatos apontados como delituosos. Para tanto, deverá o juiz aplicar normas penais substantivas e não apenas regras processuais.<sup>107</sup>

Ao final desta fase de investigação preliminar, caso o MP – ou também os acusadores não oficiais, lembrando que a ação penal popular é muito comum na Espanha – entenda caracterizado a ocorrência de delito e indicação da autoria, fará o pedido de *apertura del juicio oral*, através da formulação da acusação, muito similar em seu conteúdo formal à denúncia no Brasil.

Entre uma e outra – *sumario* e *juicio oral* – está o período intermediário. Este será presidido pelo órgão encarregado do processo e julgamento, ao invés de o ser pelo Juiz Instrutor. Haverá, tanto por parte do acusado como por parte da acusação, uma manifestação quanto ao apurado na instrução preliminar. Instaure-se um contraditório, podendo as partes requerer diligências. O exercício deste contraditório, desta possibilidade de defesa prévia, não é previsto em lei, mas fruto de construção jurisprudencial.

A finalidade da fase intermediária, segundo Tome Garcia, citado por Aury Lopes Júnior, é:

Permitir que o Tribunal examine: a) se o *sumario* está bem concluído ou não, isto é, se é necessário ou não praticar novas diligências para a sua correta conclusão; b) no caso de estimar correta a conclusão do *sumario*, decidir se concorrem os pressupostos necessários para decretar a abertura do processo ou, em caso contrário, arquivar a causa.<sup>108</sup>

Uma vez determinada a abertura do *juicio oral*, não caberá retratação dessa decisão, pois deverá haver pronunciamento quanto ao mérito da acusação. Isto é, deverá ser proferida uma sentença condenatória ou absolutória referente à acusação formulada. Caso contrário, poderia haver uma privatização do processo penal, segundo o ordenamento jurídico-penal espanhol, impedindo o Juiz de

<sup>107</sup> MONTERO AROCA, Juan. **Principios del Proceso Penal**. Una Explicación Basada en la Razón. Valência: Tirant lo Blanch Alternativa, 1997, p. 103.

<sup>108</sup> TOME GARCIA. Derecho Procesal Penal, *apud* LOPES JÚNIOR. Aury. **Sistemas de Investigación Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 231.

pronunciar-se, independentemente da vontade dos acusadores, sobre a punibilidade dos fatos deduzidos em juízo; seria o mesmo que impedir a concretização do fim eminentemente público do processo penal.<sup>109</sup>

### 2.2.3 França

No processo penal francês<sup>110</sup>, a fase preparatória atende ao princípio inquisitivo, ao passo que o processo propriamente dito é regido pelo princípio acusatório.

A investigação inicial, procedida através da *enquête de police* ou da *enquête de flagrance*, são realizadas pela Polícia Judiciária. Há também a *enquête préliminaire*, averiguações realizadas também pela Polícia Judiciária, mas orientada pelo Ministério Público.

A *notitia criminis* pode ser apresentada em qualquer serviço de investigação da Polícia Judiciária ou diretamente às autoridades judiciárias. Os particulares podem deter quem estiver em flagrante delito e conduzi-los até a Polícia Judiciária. Com base nesta notícia direta, em notícias de crime recebidas da Promotoria ou através de seus próprios meios, a Polícia Judiciária (polícia do Estado ou *Gendarmerie*) abre uma investigação e dispõe de poderes mais ou menos coercitivos – dependendo se se trata de flagrante delito ou infração fora do estado de flagrância – para realizá-la.

Se for uma averiguação decorrente de flagrante delito (*enquête de flagrance*), qualquer pessoa apta a fornecer informações sobre a infração pode ser detida

---

<sup>109</sup> ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. **El Período Intermedio del Proceso Penal**. Madrid: McGraw Hill, 1997, p. 51.

<sup>110</sup> CRENIER, Anne. Francia. In: MACIÁ GOMES, Ramón (Coord.). **Sistemas de Proceso Penal en Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998, p. 151-170; MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de Investigación Criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 129-141; LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigación Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 238-241; **Code de Procedure Penale** francês, versão em espanhol, disponível em <<http://195.83.177.9/code/liste-phtml?lang=esp&c=55>>. Acesso em 05 mai. 2006.

preventivamente pela Polícia Judiciária para prestar depoimentos. Já se for uma averiguação de delito fora do estado de flagrância (*enquête de police* ou *enquête préliminaire*), necessário se faz recolher indícios que permitam supor que tal pessoa seja autora ou partícipe da conduta criminosa para que se lhe possa deter preventivamente, por ação da própria polícia, dispensando ordem judicial. Esta detenção preventiva não se confunde com prisão preventiva, descabendo, inclusive, detração pelo tempo de detenção. Este tempo é de até 48 horas, sendo que nos casos de terrorismo e de tráfico de entorpecente pode ser de até 96 horas, podendo o detido ser mantido incomunicável nas primeiras 20 horas, em qualquer caso, inclusive no tocante a defensor técnico.

Em todo o caso, o Promotor deve ser informado imediatamente das detenções preventivas para poder controlar seu desdobramento. As ações investigativas que, nos termos da lei francesa, atentem contra as garantias do investigado, devem ser decretadas pelo Juiz, salvo se urgentes e a hipótese de detenção acima vista, ocasião em que poderão ser realizadas pelo Promotor ou pela Polícia Judiciária, sob análise futura do Juiz quanto à legalidade.

Durante o período compreendido entre as seis e as vinte e uma horas, a Polícia Judiciária pode realizar, por si só, buscas nos domicílios das pessoas suspeitas de participar de um crime com o objetivo de apreender documentos que tiverem relação com o fato, estando presente a pessoa ou acompanhados de uma testemunha.<sup>111</sup>

Os procedimentos citados são escritos, e os atos realizados e as provas juntadas, em regra, não têm valor probatório, salvo se respeitarem determinadas formalidades e apenas em casos particulares. A vítima não possui nenhuma prerrogativa ou participação ativa nesta fase.

As investigações da Polícia Judiciária, do Ministério Público ou do Juiz de Instrução são secretas. Nos primeiros casos, o acusado somente terá algum acesso às investigações se for confesso. Caso declare-se inocente, não tem possibilidade de conhecer, acompanhar ou verificar a investigação em curso, mesmo através de seu defensor. Embora, caso detido, possa consultar-se com seu defensor após a

---

<sup>111</sup> Portanto, pode-se observar que a inviolabilidade do domicílio, no período citado, não consta como uma garantia fundamental aos investigados na França.

vigésima hora, o defensor não tem o direito de acompanhar ou assistir ao interrogatório e nem de consultar os autos da instrução prévia.

Caso, ao cabo da investigação inicial a cargo da polícia, ou mesmo originalmente, abra-se um *sumário* ou *instruction préparatoire* – instrumento do Juiz de Instrução –, o advogado, e quase sempre apenas por ele, terá acesso a todos os atos produzidos e participará de tudo, vigendo, a partir daí, a ampla defesa e o contraditório.

Não há prazo previsto para o término das investigações.

As infrações penais são divididas em graves, que são os “crimes” (julgados pela Audiência Nacional); de média gravidade (julgados pelo colegiado do Tribunal Correccional); ou de menor gravidade (julgados por juiz singular do Tribunal Correccional), nestes casos chamados de “delitos”; e “faltas ou contravenções” (julgados pelo juiz singular do Tribunal de Polícia).

A ação penal pública é exercida pelo Ministério Público, mas não de forma privativa, havendo a previsão da ação penal privada subsidiária da pública para o caso de inércia do MP e casos em que a própria vítima pode intentar a ação. Há previsão de ação penal pública condicionada e ação penal privada.

A Justiça Penal na França está dominada pelo princípio da oportunidade. Assim, tanto os órgãos judiciais quanto o Ministério Público têm uma grande discricionariedade na condução do fato, podendo arquivá-lo sem motivação e com autoridade de coisa julgada e sem direito a recurso. Aplicam-se os princípios do direito penal mínimo, da insignificância e outras medidas de política criminal.

Há a figura do Juiz de Instrução, designado para cada caso pelo presidente do Tribunal e vinculado ao assunto submetido a si pelo MP ou por um “acusador particular”. Seu instrumento de investigação, como já dito, será o *instruction préparatoire*. Pode ter outros magistrados instrutores a lhe assistir. Deve buscar todas as informações que possam ser úteis para o descobrimento da verdade, tanto no sentido da autoria como da inocência de determinada pessoa. Pode exercer seus poderes pessoalmente ou, o que é mais comum, através de delegação à Polícia Judiciária para proceder em seu nome. Decreta todas as medidas que necessitar, como prisão preventiva, busca domiciliar etc. O Código Processual Penal francês regulamenta um conjunto de atividades de investigação: pesquisas, apreensões,

interceptação de correspondência ou de conversações telefônicas, interrogatórios de testemunhas ou de pessoas investigadas etc.

Todo este proceder do Juiz de Instrução consubstancia-se num expediente chamado de “sumário” (a *instruction préparatoire*, em francês), tratando-se de uma autêntica instrução preliminar judicial. Este expediente é reservado aos crimes, podendo ser aplicado, também, aos delitos. Tem valor probatório e seus atos são produzidos, como se viu, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

O Ministério Público, muito embora tido como uma magistratura especial, tem uma estrutura hierarquizada. O promotor deve obediência ao promotor-chefe, ou seja, não há independência funcional. O Promotor-Chefe pode receber instruções do Promotor-Geral do Estado ou do Ministro da Justiça. Este interfere muito nas atividades do Ministério Público, havendo quem diga ser o Ministro da Justiça o verdadeiro dono da ação penal pública. Por ser integrante do Poder Judiciário, quando é o Ministério Público que dirige a *enquête préliminaire*, tem-se que este instrumento de investigação preliminar, juntamente com a *instruction préparatoire* – conduzida pelo Juiz Instrutor – constituem uma fase pré-processual de natureza judicial e, quando dirigidas apenas pelos órgãos policiais, a natureza da fase pré-processual será administrativa<sup>112</sup>. Sistema misto, pois.

Atualmente, há muita discussão doutrinária acerca das reformas necessárias no sistema processual penal francês. Discute-se, por exemplo, a diminuição dos poderes do Juiz Instrutor, implantando a necessidade da intervenção de outro magistrado – o Juiz Garante – quando se decidir por alguma diligência que interfira nos direitos fundamentais do investigado.

Ora, dizem outros, mas o Juiz Instrutor é também um magistrado e não pode depender seus atos da decisão de um outro magistrado de igual hierarquia, já tendo se ventilado a hipótese de findar com o sistema de investigação preliminar pelo Juiz de Instrução. Em seu lugar, poder-se-ia dotar o Ministério Público destas funções, mas há resistências ponderando que tal medida seria dotar o *Parquet* de poderes muito parecidos com o do Juiz de Instrução, além de lhe dar maior independência. A independência do Ministério Público é um tema ainda não consensual na França.

---

<sup>112</sup> Sobre os sistemas de investigação e sua natureza jurídica, ver LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 240.

Por isso, ganha espaço a proposta de delegar estas funções à Polícia Judiciária, com a previsão de um controle externo pelo Poder Judiciário – sistema bem similar ao brasileiro. Há, porém, alguns obstáculos políticos.

O Juizado de Instrução, hoje, se encontra na dependência da Polícia Judiciária, face à importância que as investigações preliminares iniciais possuem para se delimitar a autoria, materialidade e demais circunstâncias da infração penal, fato que, por si só, está fazendo com que se pense em remodelar a estrutura do processo penal francês, abolindo os juizados de instrução, como se disse.

Fauzi Choukr deixa consignado que:

De fortes raízes históricas, e indelevelmente associado ao direito processual penal, o Juizado de Instrução é um símbolo da repressão criminal na França.

Inicialmente concebido para a tarefa de investigação, o juizado foi aos poucos cedendo espaço para a Polícia Judiciária, que viu ao longo dos anos recrudescer a importância das 'enquêtes préliminaires'. Consolidada a situação, hoje a doutrina se rebela, buscando a domesticação dessa fase, e pensa seriamente na abolição da secular estrutura, não sem provocar sensíveis abalos nos doutrinadores conservadores e no próprio seio social.

Pode-se argumentar, então, sem o receio de cometimento de alguma heresia, que hoje o juizado atua em muito na dependência das atividades da 'enquête', aumentando as atribuições da Polícia Judiciária, que '*recherche les crimes, les délits et les contraventions, en ressamble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir. Elle reçoit, aussi, les plaintes et les dénonciations. Les membres de la Police Judiciaire font, doc, les constatations matérielles, consignant les plaintes et les dénonciations*', agindo, autônomoamente ou por delegação das autoridades da Magistratura.<sup>113</sup>

O fato é que, como explicam Conte e Chambon, citados por Aury Lopes Junior, vige, como regra geral, o princípio da separação entre a autoridade que investiga, instrui e julga.<sup>114</sup>

Completa o professor gaúcho:

<sup>113</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 38

<sup>114</sup> CONTE, Philippe e DU CHAMBON, Patrick Maistre. *Procédure Pénale*, p. 42 e seguintes, *apud* LOPES JÚNIOR. Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 240.

É uma importante garantia para a liberdade individual, pois estabelece um equilíbrio entre as autoridades do Estado e permite um controle mútuo, ademais de garantir a independência e a imparcialidade.<sup>115</sup>

Há uma fase, judicial, após as investigações e antes da formação do processo, de *instrução preparatória* com o escopo principal de verificar se o fato que está sendo investigado pode ser objeto de julgamento, analisando as provas existentes, ou seja, se há justa causa, podendo, o investigado, contraditar as provas.

Se o instrumento investigatório for o *sumario*, ao seu final, o Ministério Público pode dirigir ao próprio Juiz de Instrução uma requisição definitiva em que dá sua interpretação dos autos. Pode tratar de pedido de novas diligências, de pedido de arquivamento, ou, se entender completo e com indícios suficientes, de uma requisição de “reenvio” para o órgão julgador, a fim de instaurar-se o competente processo penal.

Se o *sumario* relacionar-se a delitos graves, os chamados “crimes”, os autos irão a uma “Sala Penal” que analisará se há elementos suficientes para a instauração do processo e sua remessa à *Audiência Nacional*. Esta *Sala Penal* pode, também, determinar a realização de novas diligências. Todavia, fica claro que se trata de um exame prévio da admissibilidade da ação penal.

Acaso a investigação preliminar não tenha sido feita por um Juiz de Instrução, pelo *sumario*, mas por qualquer outro procedimento, pode o Ministério Público oferecer denúncia diretamente ao órgão julgador, inexistindo, daí, o juízo prévio de admissão da ação penal.

O órgão julgador dependerá da característica do crime: se “faltas”, serão julgadas por um juiz singular do Tribunal de Polícia, mediante um procedimento contraditório. Os “delitos” são julgados por um Tribunal Correcional, ou por um colegiado composto de três juízes ou, se se tratar de um delito de menor gravidade e assim for sugerido pelo autor da acusação, por um juiz singular. Já os delitos graves, os “crimes”, são julgados perante a Audiência Nacional, composta de três magistrados togados e nove jurados. Salvo as decisões da Audiência Nacional,

---

<sup>115</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 240.

vigendo o princípio da “convicção íntima”, há a necessidade dos juízes motivarem suas decisões.

Nas reformas propostas, alguns absurdos precisam ser corrigidos. Por exemplo, partindo da tese de que o povo soberano não pode equivocar-se, as decisões da Audiência Nacional, mesmo que seja pela aplicação de prisão perpétua, são irrecorríveis. Já uma condenação à pena de multa por parte do Tribunal de Polícia é recorrível.

Derradeiramente, verifica-se que o modelo francês, na fase processual propriamente dita, não atende inteiramente ao princípio acusatório. Isto porque os tribunais podem, durante o julgamento, decidirem que não há provas suficientes e ordenarem a realização de novas diligências, nomeando, um de seus membros para tal mister, que terá os mesmos poderes do Juiz de Instrução.

#### **2.2.4 Itália**

O sistema processual penal italiano<sup>116</sup> data de 1988 e foi inspirado no modelo alemão. Na questão da investigação preliminar, as modificações ao anterior Código de Rocco, de 1930, foram substanciais. Suprimiu-se o sistema de instrução judicial (ou seja, não há mais a figura do Juizado de Instrução) e a distinção que havia entre a instrução formal e a sumária, passando agora a investigação preliminar a ser uma só, atividade a cargo do Ministério Público e da Polícia Judiciária. Esta fase de investigação preliminar passou a chamar-se *Indagini Preliminari*.

*Indagini Preliminari* são as investigações e averiguações necessárias para o exercício da ação penal, desenvolvidas pelo Ministério Público e pela Polícia

---

<sup>116</sup> SPATARO, Armando. Italia. In: MACIÁ GOMES, Ramón (Coord.). **Sistemas de Proceso Penal en Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998, p. 231-292; LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 241-249; GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 253-256; **Codice de Procedura Penale** italiano, disponível em <[http://www.camerapenale-bologna.org/codice\\_procedura\\_penale.html](http://www.camerapenale-bologna.org/codice_procedura_penale.html)>.

Judiciária, no âmbito das respectivas atribuições. Tanto um como outro podem realizar diversos atos investigatórios, inclusive, em caso de urgência, medidas que afetem direitos fundamentais, todas levadas ao conhecimento posterior do Juiz, que poderá concordar com elas ou não. A Polícia auxilia o Ministério Público em suas ações. Compete ao Ministério Público fiscalizar a atividade policial e coordenar a investigação. O resultado da investigação virá formalizado no chamado *fascicolo delle indagini*.

Na Itália, o Ministério Público está integrado ao Poder Judiciário, é uma forma de magistratura postulatória. Possui as mesmas garantias dos juizes, mas não tem poder jurisdicional e sim atribuições administrativas. É o senhor da ação penal, em sua maioria pública – havendo algumas condicionadas à representação ou outras condições de procedibilidade (como a *querela*, a *istanza*, a *richiesta* e a *autorizzazione a procedere*). Vigem o princípio da indisponibilidade, oficiosidade e obrigatoriedade.

A *notitia criminis* é canalizada ao Ministério Público, mesmo as recebidas pela Polícia e que tenham exigido a pronta intervenção desta, devendo encaminhar a notícia do fato criminoso em até 48 horas. O Ministério Público, então, decide se precisa investigar mais – por si ou através da Polícia Judiciária –; se é o caso de solicitar o arquivamento; se já dispõe de meios para pedir a abertura da audiência preliminar – a *udienza preliminare* –; ou para oferecer a ação penal – naqueles procedimentos em que a própria lei explicita não ser necessária, previamente, a audiência preliminar. As mesmas opções de agir se lhe oferecem após concluídas as novas investigações.

O investigado possui direitos e garantias também na fase preliminar. O controle direto do respeito aos direitos fundamentais é realizado pelo Juiz “da” instrução preliminar (não Juiz “de” instrução); portanto, é um Juiz-Garante, que fiscaliza a atuação do Ministério Público e da Polícia Judiciária, sujeitando estes órgãos investigadores ao seu controle. Este juiz não atua no processo e não sentencia; preside a audiência preliminar e decide pela instauração, ou não, do processo penal, da fase processual – o *giudice del dibattimento*.

Os prazos para a investigação variam de seis meses a um ano, prorrogáveis pelo Juiz-Garante, a pedido do Ministério Público, para até dois anos. Interessante é

que, desrespeitado este prazo, as provas colhidas após o termo final não poderão ser utilizadas em eventual processo. É a chamada “pena de *inutilizzabilità*”.

É um procedimento sigiloso, de rito discricionário e escrito (o *fascicolo delle indagini*). Oferecida e aceita a denúncia, esse não fará parte dos autos do processo, a fim de não contaminar o julgador. Vigê na Itália a tese de que o processo penal deve ser originário (*originalità*) para possibilitar a condenação, não servindo a esta os elementos colhidos na *indagine*, ou seja, os atos de investigação não servem como meios probatórios e, inclusive, nem integram os autos do processo.

Esta orientação, contudo, por mais que defendida por doutrinadores respeitáveis do Brasil<sup>117</sup> e de diversos outros países, não tem como ser adotada, sem prejuízos ao processo, em sua totalidade.

Ora, é sabido que na investigação preliminar – qualquer que seja o sistema adotado – há a produção de atos que são de difícil, para não dizer impossível, repetição. Outros atos terão que, necessariamente, constar dos autos do processo, pena de serem realizados novamente e obterem o mesmo resultado. Como exemplo tem-se os documentos juntados referentes à quebra do sigilo fiscal e bancário, das interceptações telefônicas, das perícias diversas, das gravações de imagens, da reconstituição, etc.

Estes atos, que não são feitos à toa no caderno investigativo, mas necessários para a descoberta e indicação da autoria do delito – e da sua própria existência –, não servem apenas para a análise das condições da ação e conseqüente instauração da ação penal. São necessários e vitais para o deslinde da causa.

Além do mais, nem todos são passíveis de serem produzidos com plenas garantias de contraditório e ampla defesa – como ocorre, no sistema italiano, com o incidente de produção antecipada de provas, presidido pelo Juiz da instrução –, pena de se impossibilitar o sucesso das investigações. Não por outro motivo, os sistemas de investigação preliminar de qualquer país do mundo – não importa se judicial, ministerial, policial ou misto – são regidos pelo princípio inquisitório.

---

<sup>117</sup> Dentre eles, Aury Lopes Júnior e Antonio Scarance Fernandes.

Pois bem, finda a investigação ou quando o MP entende haver elementos suficientes de materialidade e autoria, será aberta a audiência preliminar – a *udienza preliminare* – prevista no art. 416 do CPP italiano. É uma autêntica fase intermediária, prévia à abertura do processo penal, com a função de possibilitar o debate contraditório antes do recebimento da ação penal, visando evitar a surpresa e as acusações infundadas. Permite-se, nesta fase, inclusive, uma sumária produção de prova.

Como já se disse, preside esta audiência preliminar o mesmo juiz que serviu de garante durante a instrução. Ao término da *udienza*, decidirá, fundamentadamente, por receber a acusação e enviar o processo para o tribunal competente, ou por rejeitá-la.

*A udienza preliminare*, segundo Aury Lopes Júnior:

Constitui um importante filtro, uma fase intermediária, prévia à abertura do processo penal. Sua função é possibilitar o debate contraditório antes do recebimento da ação penal, para evitar a surpresa e as acusações infundadas. Permite, inclusive, uma sumária produção de prova. Finalmente, o juiz poderá receber a acusação e enviar o processo para o tribunal competente ou decidir, desde logo, pela rejeição da acusação – *non luogo a procedere* – que será recorrível.<sup>118</sup>

### 2.2.5 Portugal

O modelo português<sup>119</sup> atual data das reformas ocorridas em 1995. Na fase da investigação preliminar, inspirou-se no modelo alemão e italiano, ou seja, com

<sup>118</sup> LOPES JÚNIOR, AURY. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 247.

<sup>119</sup> DANTAS, António Leones. Portugal. In: MACIÁ GOMES, Ramón (Coord.). **Sistemas de Processo Penal en Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998, p. 313-330; LOPES JÚNIOR, Aury. **Ob. Cit.**, p. 257-263; GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 277-280; RODRIGUES, Anabela Miranda. A Fase Preparatória do Processo Penal: tendências na Europa. O caso português. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 10, n. 39, jul./set. 2002, p. 9-27; **Código do Processo Penal** português, disponível em <<http://www.portolegal.com/CPPen.htm>>. Acesso em 08 abr. 2006.

exclusão do Juiz-Instrutor, isto é, do Juizado de Instrução, e o controle desta fase pelo Ministério Público, órgão pertencente ao Poder Judiciário e cujos membros são considerados magistrados, também sem poder jurisdicional, como na Itália. Por ser o encarregado da investigação um magistrado, pertencente ao Poder Judiciário, esta fase deve ser concebida como um procedimento pré-processual de natureza judicial.

O instrumento desta fase preliminar, de investigação, é o *inquérito*. O encarregado desta fase, como dito, é o Ministério Público, contando com a assistência da Polícia Judiciária, a seu mando direto e sob dependência funcional, se bem que não subordinadas a ele, pois integrante do Ministério da Justiça.

O *inquérito* é um instrumento escrito, com prazo máximo de seis meses (com o investigado preso) ou em oito meses, se solto. Se o delito for grave, os prazos são de oito e doze meses, respectivamente. É secreto, não tendo rito preestabelecido. O investigado tem direito a defender-se, inclusive acompanhado de advogado, mas não em todos os atos do processo, tampouco conhecer de todo o apurado. Se for caso de crimes graves, somente poderá manifestar-se na fase intermediária ou na processual. O valor probatório do *inquérito* cinge-se à decisão interlocutória de admissão ou não da ação penal.

Também aqui se verifica, como na Itália, um Juiz “da” instrução, com a posição de garante, mas com algumas funções típicas de investigador, como proceder a buscas e apreensões, realizadas pessoalmente, a pedido do Ministério Público. Porém, sua atuação nesta fase nunca é de ofício, mas sempre provocada por quem de direito. Logo, não interfere no destino e confecção da investigação. É, portanto, aqui, um sistema misto: o Juiz não é só garante, como não é só instrutor. Não pode, contudo, este Juiz atuar na fase processual, eis que fica prevento (sendo a prevenção, aqui, causa de exclusão da competência – o inverso do que ocorre no Brasil).

O Código de Processo Penal Português prevê duas fases distintas depois da conclusão do *Inquérito*, a saber: a da *instrução* e a do *juízo propriamente dito*.

A *instrução* será a fase preliminar - ou fase intermediária –, ou seja, aquela etapa entre o fim das investigações e o início do processo penal, quando se verifica, fundamentadamente, se há ou não elementos de prova suficientes para a instauração da ação penal. Quem a preside e a decide é o mesmo Juiz que tiver

participado – como garante ou investigador – da fase de investigação preliminar, do *inquérito*.

Nesta fase instrutória tem-se por meta a “comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento”, reza o art. 286 do CPP português.

Para tanto, o Juiz pode interrogar o argüido, pode determinar a produção de provas, mas, independentemente da realização de qualquer prova, o magistrado designará data para a realização do denominado “debate instrutório”.

Diz o art. 298 do mesmo código português que: “o debate instrutório visa permitir uma discussão perante o juiz, por forma oral e contraditória, sobre se, do decurso do inquérito e da instrução, resultam indícios de fato e elementos de direito suficientes para justificar a submissão do argüido a julgamento”. Ao final, será proferida uma decisão instrutória, fundamentada, que decidirá pela aceitação da acusação, prolatando uma decisão chamada “pronúncia”, ou rejeitará a acusação, decidindo pela não pronúncia. Apenas se pronunciado o argüido o feito será remetido a processo e julgamento. Este será efetuado por um juiz singular, coletivo, ou pelo Tribunal do Júri, a depender da gravidade do delito.

É por isso que Aury Lopes Júnior esclarece que “além de averiguar o fato e seus autores, a investigação preliminar portuguesa tem o fim – especificamente previsto – de possibilitar a decisão acerca da abertura ou não do processo penal”.<sup>120</sup>

O diferencial desta fase preliminar, em Portugal, é sua natureza subsidiária, ou seja, esta fase será obrigatória apenas se o acusado requerer, pretendo impugnar a decisão ministerial de acusá-lo ou quando, pedido o arquivamento pelo MP, os sujeitos que podem habilitar-se como assistentes da acusação não se conformem e busquem do Juiz a decisão pela instauração do regular processo.

Na falta de impugnação à acusação, ou seja, se o acusado não postular pela *instrução*, ainda assim haverá, por parte do mesmo Juiz, porém agora sem contraditório, um juízo de pré-admissibilidade da acusação, ou seja, permanece uma fase preliminar à instauração do processo em que se elabora um exame prévio

---

<sup>120</sup> LOPES JÚNIOR. Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 257.

sobre a legitimidade da ação penal. Vale dizer que apenas nesse momento será admitida a acusação.

Não obstante, o *inquérito* não é obrigatório. Como no Brasil, se o Ministério Público dispor de outros documentos a lhe fundar a acusação, poderá fazê-la sem a necessidade de instaurar o inquérito. Também a fase preliminar, além de sua natureza subsidiária, não é obrigatória quando houver o rito sumário, aplicável aos delitos com pena de prisão até três anos e que tenha havido uma prisão em flagrante. Neste caso, inexistirá a fase pré-processual e passar-se-á diretamente da prisão em flagrante à fase processual.

### **2.2.6 Argentina**

Neste país vizinho, cujo território também é extenso, cada província (Estado-membro) pode ter seu diploma processual penal<sup>121</sup>.

Há, porém, um Código Nacional, que estabelece sejam as investigações conduzidas por um Juiz-Instrutor, colocando o MP e a Polícia na função de auxiliá-lo, sendo que estes últimos, cientes de alguma notícia de crime, podem requerer o início da fase instrutória que irá colher as informações necessárias para que seja deflagrada a ação penal (caso comprovada a existência de um fato delituoso e identificado seu autor) ou o arquivamento do feito.

A fase instrutória é uma etapa do processo penal argentino, sendo a outra o *juicio*. É um procedimento escrito, com força probatória.

A *notitia criminis*, a comunicação de ocorrência, chamada no CPP argentino de *denuncia*, pode ser apresentada, por qualquer pessoa, ao Juiz, ao Agente Fiscal ou à Polícia.

---

<sup>121</sup> RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 2 ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 147-165; PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 120-121; **Código Procesal Penal de la Nación** argentina, disponível em: <[http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/ar/CPPargentina\\_91.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/ar/CPPargentina_91.pdf)>. Acesso em 13 mai. 2006.

Se for apresentada ao Juiz, este a encaminhará imediatamente ao MP que, num prazo de 24 horas – ou menor – formulará um *requerimiento*, nos moldes do art. 188 – ou pedirá que a *denuncia* seja arquivada por atipicidade do fato ou seja remetida à outra jurisdição, decisão em ambos os casos recorrível. Da mesma forma agirá o MP se a *notitia criminis* lhe for apresentada diretamente.

Caso a *denuncia* seja apresentada à Polícia, esta deverá comunicar imediatamente ao Juiz competente e ao MP o início das ações de prevenção. Sob a direção do Juiz ou do MP, segundo as regras de procedimento, e em caráter de auxiliares judiciais, formularão um relatório que deve conter: local e hora do início do fato, qualificação dos agentes responsáveis, as declarações recebidas, os documentos produzidos e o resultado das diligências praticadas. Este relatório será remetido ao Juiz, ou ao MP, dentro do prazo de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco pelo destinatário legal, sem prejuízo de que posteriormente sejam praticados outros atos complementares, como realizar uma diligência pendente.

Não obstante, segundo o art. 183 do CPP, a Polícia e as forças de segurança deverão investigar, por iniciativa própria, em virtude de denúncia ou por ordem de autoridade competente, os delitos de ação pública, assim como impedir novas conseqüências aos delitos já perpetrados, além de individualizar os culpados e reunir as provas para dar base à acusação. Se o delito for de ação privada, dependerá de representação da parte para agir.

O Juiz de Instrução pode proceder, direta e imediatamente, a investigação dos fatos que sejam cometidos em sua circunscrição judicial, com a finalidade de comprovar se existe um fato delituoso, quais as suas circunstâncias, identificar os autores e suas condições naturais, sociais, morais e psíquicas, além de verificar a extensão do dano causado pelo delito, ou seja, pode agir de ofício. Em todos os casos, vigerá o princípio da oficiosidade.

A *Instrucción* também poderá ser iniciada em virtude de requerimento do MP, ou de uma *prevención* ou informação policial e se limitará aos atos referidos expressamente nestes documentos.

O Juiz Instrutor indeferirá o requerimento do MP ou ordenará o arquivamento da comunicação policial, por *auto*<sup>122</sup> – decisão fundamentada –, quando o fato imputado não constituir crime ou não se possa proceder – por exemplo, por falta de uma condição de procedibilidade ou extinção da punibilidade. Desta decisão, o MP ou o querelante podem apelar.

O Juiz de Instrução poderá decidir que a direção da investigação dos delitos de ação pública fique a cargo do MP, que deverá, então, proceder nos termos da lei.

Nos casos em que a denúncia seja apresentada diretamente ao MP, ou promovida de ofício por este, deverá o órgão ministerial informar imediatamente ao Juiz de Instrução as medidas já realizadas e solicitar que o Juiz receba a declaração do imputado. Após isto, o Juiz decidirá, imediatamente, se toma para si a investigação ou se ela deve continuar com o MP.

Se o crime tratar daqueles cuja competência seja do próprio Juiz de Instrução ou do Juízo Correccional, mas não tenha autoria certa, a investigação será, desde o início, dirigida pelo MP, por delegação legal, devendo apenas dar notícia do fato ao Juiz competente. Nestes casos, disporá o MP dos mesmos poderes do Juiz de Instrução, salvo as exceções previstas em lei (art. 213). Nestes mesmos crimes, caso a atuação inicial seja da Polícia, esta deve noticiar imediatamente a um órgão preestabelecido do MP e ao Juiz competente. Se, no curso da investigação, surgir suspeitos, será nomeado um Promotor para assumir o caso. Este Promotor deverá remeter os autos ao Juiz competente para que, em três dias, decida se assume o caso ou continua com o Promotor nomeado.

O Ministério Público poderá intervir em todos os atos da instrução e examinar em qualquer momento os autos. Tanto ele como a defesa podem propor a realização de diligências, sendo que, em decisão irrecorrível, o Juiz Instrutor decidirá se as defere ou não. Particularmente os atos definitivos e os “irrepetíveis” serão assistidos pela defesa.

---

<sup>122</sup> As decisões judiciais argentinas dividem-se em: 1) *sentença* – põe fim ao processo depois de sua tramitação integral; 2) *auto* – resolve incidentes do processo, quando o Código o exigir; e 3) *decreto* – nos demais casos ou quando esta seja a forma prevista. As sentenças e os autos hão de ser motivados, sob pena de nulidade. Os decretos também deverão sê-lo, sob a mesma pena, mas apenas quando a lei assim o dispor. **Código Procesal Penal de la Nación** – art. 122° e 123°.

A *instrucción* deverá terminar em até quatro meses, a contar do interrogatório. Na impossibilidade, deve o Juiz Instrutor solicitar dilação do prazo à Câmara de Apelações, que poderá conceder até mais dois meses, salvo os casos de suma gravidade ou de difícil elucidação, quando o prazo poderá ser maior.

É atribuição do Ministério Público a promoção e o exercício da ação penal, na forma estabelecida pela lei. Suas manifestações devem ser motivadas e nunca poderão simplesmente fazer remissão às motivações apresentadas por outrem.

Finda a instrução e dado vista ao MP, poderá este órgão requerer novas diligências investigatórias, pedir “elevação ao júízo” ou, ainda, pedir o arquivamento do feito. Se o juiz negar o pedido de arquivamento, pode determinar ao MP que intente a ação.

Há, também, outros ritos, como o *juicio abreviado* e a *instrucción sumaria*.

A *instrucción sumaria* deriva de uma prisão em flagrante em que o Juiz decide não manter o autuado em prisão provisória. Neste caso, a investigação correrá por conta do MP, que agirá com os poderes já vistos, devendo terminar a apuração em quinze dias. Ao final, havendo indícios do crime e da autoria, o MP dará vista dos autos à Defesa para que se manifeste. Instaure-se, assim, a contrariedade. A Defesa poderá pedir por ser interrogada pelo Juiz Instrutor, ocasião em que o feito tomará o rito ordinário.

Verifica-se que não há, no modelo argentino, uma fase intermediária propriamente dita. Compete ao Juiz de Instrução decidir se estão presentes as condições da ação e remeter os autos ao tribunal para julgamento – o *juicio*, atendendo ao pedido da acusação de “elevação ao júízo”.

Portanto, o órgão julgador não será o mesmo órgão que elaborou o júízo de admissibilidade da ação penal, razão pela qual esta tem que ser, ao menos, fundamentada.

## 2.3 Um Modelo do Sistema Socialista

### 2.3.1 Rússia

Resolveu-se tratar da Federação Russa<sup>123</sup> porque, até pouco tempo atrás, era um mistério para todos. Após as reformas do início dos anos noventa, com o fim da União Soviética, fim do regime socialista, do partido único etc., este novo País (novo na forma) passou a ser estruturado com base em sua nova Constituição, datada do ano de 1993.

A Constituição de 1993 fixa os princípios mais importantes do processo penal russo, dentre eles:

- igualdade de todos perante a lei e o juízo, com observância dos direitos e liberdades do indivíduo e do cidadão;
- direito do acusado à defesa e ao contraditório, com a presunção de inocência;
- administração da Justiça apenas pelos juízes;
- independência do julgador e subordinação somente às leis federais, com garantia de inamovibilidade e imunidade;
- caráter multifático, completo e objetivo da investigação de todas as circunstâncias da causa; e
- exposição de motivos da causa de forma pública, oral e colegiada nos juízos.

Não existe o Juiz de Instrução. Há um movimento na Rússia, após a entrada em vigor dos recentes códigos penal e de execução penal, em 1997, de reformar o

---

<sup>123</sup> ALEXEEVA, Tatiana; NAUMOVA, Svetlana. Federación Rusa. In: MACIÁ GOMES, Ramón (Coord.). **Sistemas de Proceso Penal en Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998, p. 331-354.

código de processo penal, este datado de 1960. Dentre as propostas principais de tal reforma está o estabelecimento de um controle pelos juízes da fase de investigação preliminar – o Juizado de Instrução –, ao invés do controle pelo Ministério Público.

A investigação preliminar se efetua de duas formas: “averiguação”, para casos menos graves, que não impliquem em encarceramento, e “sumário”, para os graves. Há vários organismos públicos de investigação, dentre eles: polícias, comandantes de unidades militares, autoridades penitenciárias para os crimes cometidos por prisioneiros, bombeiros, órgãos de fronteira, órgãos de segurança estatal, órgãos aduaneiros, cada qual em sua área de atuação funcional.

Os escritórios de investigação tomam as medidas necessárias com o fim de descobrir os delitos e os seus autores, assim como evitar o cometimento de novos delitos. Nos casos em que a fase do *sumário* é obrigatória, o Escritório Público de Investigações tem dez dias, a contar do conhecimento do delito, para realizar, de forma independente, todas as ações necessárias, dentre eles: registro, inspeção do local, detenção e interrogatório dos suspeitos, interrogatório das vítimas e testemunhas. Terminadas estas ações, o expediente, os autos, passam ao “Funcionário Público Encarregado da Instrução”.

Esses escritórios de investigação podem prender o suspeito nas mesmas hipóteses do flagrante brasileiro, além de uma situação em que a própria vítima e/ou testemunhas indiquem o autor do fato, ocasião em que será detido, independente do tempo passado. Em um e outro caso, há a confecção de um documento semelhante ao auto de prisão em flagrante brasileiro, a ser confeccionado no prazo de 24 horas e encaminhado ao Ministério Público. Compete ao *Parquet*, em 48 horas, decidir pela manutenção da prisão ou conceder a liberdade ao investigado.

Nos casos de menor gravidade, a *averiguação* constitui o fundamento para o início do processo, para a acusação, devendo ser terminada em trinta dias da data da notícia do fato delituoso, prorrogável por mais trinta dias, a critério do Promotor. Este procedimento observa as regras do *sumário*.

O *sumário* se efetua pelos instrutores das Promotorias, do Ministério do Interior e do Serviço Federal de Segurança. O “funcionário público encarregado da instrução” toma todas as resoluções necessárias, de forma independente, com

exceção dos casos em que a lei prescreve a necessidade de intervenção do Promotor. O objetivo do instrutor, na investigação, é descobrir, fixar, comprovar, investigar e qualificar as provas. O resultado será um procedimento escrito, composto da formalização dos atos já citados, além de perícias, exames diretos, reconhecimentos etc. O prazo para o término do *sumário* é de dois meses de sua instauração, podendo ser prorrogado até três meses e, em causas complexas e a critério do Promotor, em até seis meses.

O Ministério Público russo constitui um sistema único e centralizado que exerce um papel especial no sistema dos órgãos estatais e está encabeçado pelo Promotor-Geral. Um dos objetivos é garantir a interpretação e execução uniforme das leis. Na fase da investigação, seja da averiguação, seja do sumário, o MP tem amplas faculdades de inspeção e fiscalização dos escritórios de investigação.

Dentre as atribuições do MP estão: dirigir a investigação; exigir que os funcionários instrutores lhe apresentem a documentação referente aos delitos cometidos que estejam sob sua investigação; requisitar diligências e determinar ações a serem realizadas, como busca de delinqüentes, ordem de comparecimento, etc., além de tomar parte na execução das diligências empreendidas ou executar certas ações de instrução ou investigação; exercer o poder disciplinar e corregedor sobre os instrutores; suspender ou dar por terminados os procedimentos, aprovando-os e dirigindo-os ao juízo, etc.

Ao cabo da apuração, mas antes de remetê-la ao órgão de destino, o funcionário público encarregado da instrução dá conhecimento ao acusado e ao seu defensor de todo o apurado, sendo que a Defesa poderá, então, fazer diligências ou solicitar sua realização e indicação de provas a serem produzidas. Antes desta fase, apenas se preso – e a partir do momento da prisão – é que o acusado saberá haver instaurada contra si uma investigação.

Encerrada a fase da investigação, o próprio “funcionário público encarregado da instrução” formaliza a peça acusatória e a apresenta em juízo. É dado vista ao Ministério Público, que pode requisitar outras diligências, determinar a realização de uma nova peça acusatória, pedir o arquivamento, determinar a suspensão do feito ou aprovar e concordar com a acusação, sustentando-a, então, no juízo. O Ministério Público, além da *opinio delicti*, é titular do *dominus litis*, podendo,

inclusive, no decorrer da causa, caso constate a insuficiência das provas ou a inocência do processado, retirar a acusação, com a devida justificativa.

O processamento da causa poderá se dar, dependendo da gravidade do delito, perante diferentes órgãos judiciais, sempre, porém, iniciando em um juizado de primeira instância, monocrático ou colegiado. Além do Tribunal Supremo da Federação Russa, há diversos Tribunais Federais (por exemplo, o Tribunal Urbano de Moscou) e Tribunais Federais de Distritos Urbanos.

Para os delitos menos graves ou, com a anuência do acusado, com pena de até cinco anos de prisão, a causa será conhecida por um juiz monocrático de um Tribunal de Distrito. As demais causas serão conhecidas por um órgão colegiado, formado por um juiz e dois jurados – Tribunal Popular, funcionando junto a qualquer dos Tribunais Federais. Com o pedido do imputado, a causa pode se dar perante um tribunal composto por três juízes togados. Por fim, há a previsão, para alguns crimes, de um Tribunal do Júri formado por um juiz e doze jurados.

Portanto, não há, também na Rússia, previsão legal de uma fase propriamente preliminar.

Porém, finda as investigações, e antes de remetido o feito ao Judiciário, portanto antes da formulação da peça acusatória, é dada oportunidade para o investigado conhecer dos autos, das provas contra si apuradas e apresentar defesa prévia, inclusive com pedido de diligências, a fim de tentar ilidir a acusação pré-concebida.

### **3 O MODELO BRASILEIRO DE EXAME PRÉVIO DA ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL: O JUÍZO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA**

Já se verificou como se deu a evolução processual, no Brasil e no mundo. Fez-se uma visão geral sobre o processo penal brasileiro, inclusive com os papéis de seus autores, e depois, teceu-se comentários sobre a preparação da ação penal, verificando os instrumentos de apuração do fato típico penal e sua formalização.

Constatou-se, daí, que, finda a investigação preliminar e dado vista dos autos ao Ministério Público, caso este decida-se por oferecer a denúncia, a autoridade judiciária deverá manifestar-se sobre inicial acusatória.

Nesta manifestação judicial, a denúncia poderá ser recebida ou rejeitada.

Depois, viu-se a estrutura do modelo processual de vários países, atentando-se ao objeto deste estudo e aos assuntos que lhe são próximos.

No sistema processual brasileiro, se o resultado do exame prévio da admissibilidade da ação penal for negativo, for pela rejeição da denúncia, o Juiz deverá fundamentar sua decisão, da qual caberá recurso, *ex vi* dos arts. 516 e 581, I, do Código de Processo Penal.

Mas, e se a manifestação judicial for pelo *recebimento* da denúncia?

É sobre este juízo de recebimento da denúncia que se tratará a seguir.

#### **3.1 Natureza jurídica do ato judicial de recebimento da denúncia**

Buscar a natureza jurídica de um instituto do Direito é se questionar sobre o enquadramento deste instituto em uma das categorias gerais do direito.

O Direito, como todas as Ciências, tem como veículo a linguagem técnica, e, por isso, mesmo que o enquadramento da manifestação judicial de recebimento da denúncia em decisão interlocutória ou despacho não gerasse efeitos na prática, deveria ser analisada sua natureza jurídica para que não se cometesse atecnias.

Os juristas, ao se perguntarem pela natureza jurídica de um instituto, procuram descobrir sua “essência”, para enquadrarem-no em alguma das categorias gerais do direito, com o fim de determinar as normas que lhe são aplicáveis.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

Indagando a respeito da natureza jurídica de determinada figura, deve o estudioso do direito cuidar de apontar em que categoria se enquadra, ressaltando as teorias explicativas de sua existência ...

Afirmar a natureza jurídica de algo é, em linguagem simples, responder à pergunta: ‘ que é isso para o direito?’.<sup>124</sup>

Resta, portanto, demonstrado a importância de buscar a natureza de um instituto, pois, ao se subsumir a uma categoria já existente, o instituto passa a possuir características e produzir efeitos próprios da situação jurídica em que se encontra.

Antes, porém, necessário rever o conceito da própria *denúncia*: trata-se da peça acusatória iniciadora da ação penal, consistente em uma exposição por escrito dos fatos que constituem, em tese, ilícito penal, com a manifestação expressa da vontade de que se aplique a lei penal a quem é presumivelmente seu autor e a indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva. Para que seja possível a instauração da ação penal, o fato descrito na denúncia deve ser típico, isto é, encontrar adequação na norma penal.

A *denúncia* é a peça acusatória inaugural da ação penal pública, condicionada ou incondicionada; a *queixa* é a peça acusatória inicial da ação penal privada.

---

<sup>124</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 191, v. 1.

### 3.1.1 Despacho ou decisão interlocutória simples

Classificar o ato judicial de recebimento da denúncia ou da queixa como decisão interlocutória simples ou um despacho é buscar seu enquadramento teórico. A subsunção a uma destas categorias teóricas gerará diversos efeitos jurídicos que devem ser analisados.

Em regra, a natureza jurídica de um instituto se enquadra na categoria de bem, de pessoa ou de fato. No caso em tela, a manifestação judicial de recebimento da denuncia é um fato jurídico *lato sensu*.<sup>125</sup>

A doutrina ensina que todo acontecimento da vida é um fato natural e que, quando esse tem o condão de criar, modificar ou extinguir direito, se transforma-se em fato jurídico. Este, quando produz seus efeitos na seara do processo penal, torna-se um fato jurídico processual penal.

Qualquer fato que seja tomado em consideração pelo Direito objetivo, para a ele ligar uma consequência de ordem jurídica, tem a denominação de *fato jurídico*. E se esses efeitos são de natureza processual, e se refletem em processo em que atua a *justiça penal*, dá-se-lhe o *nomem juris* de fato jurídico processual penal, ou simplesmente *fato processual penal*.<sup>126</sup>

O fato jurídico processual penal se divide em duas espécies: em acontecimentos independentes da vontade das pessoas que atuam no processo; e em atos de vontade das pessoas do processo (atos processuais penais).

<sup>125</sup> O fato jurídico *lato sensu* (em sentido amplo) divide-se em: 1) fato jurídico em sentido estrito ou fatos naturais e 2) ato jurídico em sentido amplo ou fatos humanos, ação humana. O fato jurídico em sentido estrito (fatos naturais) divide-se em *ordinário* (nascimento, morte, maioridade, decurso do tempo) e *extraordinário* (terremoto, raio, tempestade e outros fatos que se enquadram na categoria do fortuito ou força maior). O fato humano ou ato jurídico em sentido amplo são ações humanas que criam, modificam, transferem ou extinguem direitos e dividem-se em *lícitos* (atos jurídicos em sentido amplo) e *ilícitos* (ato ilícito). Os atos jurídicos em sentido amplo se subdividem, ainda, em ato jurídico em sentido estrito (não negocial ou meramente lícito), negócio jurídico e ato-fato jurídico, sendo que, nos dois primeiros, exige-se uma manifestação de vontade das partes e no último o efeito da manifestação da vontade está predeterminado em lei. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 186, v. 2.

<sup>126</sup> FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2000, p. 85, v. 2.

São chamados de fatos jurídicos em sentido estrito os fatos que independem da vontade humana, mas têm relevância para o Direito. São fatos aos quais o Direito atribui uma consequência. O Direito capta-o e lhe dá uma determinada consequência jurídica. Se essa consequência jurídica é de ordem processual, vai atingir o processo; surgirá, então, um fato jurídico em sentido estrito processual.

Quando este fato depender, para a sua existência, da vontade humana, não há mais que se falar em fato, mas, sim, em ato. Se essa conduta humana tiver repercussão no Direito haverá, então, um ato jurídico.

Portanto, ato jurídico é aquele fato jurídico dependente de uma conduta humana que tem relevância para o Direito. Se esse ato jurídico tem relevância para o processo penal, ainda que não haja processo instaurado, trata-se de um ato jurídico processual penal.

Existem várias correntes para definir o que seja um ato jurídico processual. Segundo Frederico Marques, para ser ato processual basta ser um ato jurídico e que produza seus efeitos no processo, não sendo necessário a sua prática durante o trâmite processual. O que caracteriza, portanto, o ato jurídico processual é o fato de ele ser praticado “para” o processo. Há uma exigência finalística, teleológica. Pode até não ser praticado pelos sujeitos processuais da relação jurídico-processual, sejam eles principais ou secundários, mas, se praticado com vistas ao processo (produzindo efeitos no processo) falar-se-á em ato processual.<sup>127</sup>

Outra parte da doutrina, porém, entende que, para ser ato processual, o ato deverá ser praticado “no” processo.<sup>128</sup> Se praticado “fora” do processo, ainda que nele produza seus efeitos, não se configura em ato jurídico processual. Esta parte da doutrina utiliza, como critério, a sede, o local onde o ato foi praticado. Se o ato jurídico foi praticado “no” processo pelo sujeito principal ou pelos secundários, configurará um ato jurídico processual.

---

<sup>127</sup> Frederico Marques mostrou com acerto que a essência do ato processual está no exercício do direito subjetivo processual, e não no exercício de um direito do processo. A ação humana, diz ele, assume o aspecto de ato processual quando a lei a utiliza para fins da constituição do desenvolvimento, da modificação ou da extinção da relação processual. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2000, p. 88, v. 2.

<sup>128</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1983, p. 83, v. III, disserta a respeito da posição contrária, que adota.

Segundo a classificação subjetiva, que leva em conta o sujeito que pratica o ato processual, este se divide em: atos do Juiz; das partes; dos auxiliares da justiça e dos terceiros, sejam terceiros interessados ou desinteressados. O que interessa para o estudo em tela são os atos praticados pelo Juiz.

Nem todo ato praticado pelo Juiz é ato jurisdicional. Existe uma diferenciação entre ato jurisdicional e ato judicial (ou judiciário). Os atos do Juiz são, sempre, atos judiciais. Esses atos podem ser jurisdicionais ou não. Muitas vezes eles têm uma feição meramente administrativa, em outras eles são oriundo da atividade jurisdicional do magistrado.

Na classificação subjetiva, o Juiz pratica várias espécies de atos jurídicos processuais. São eles: atos decisórios (são atos jurisdicionais), atos de documentação e atos instrutórios. Pode praticar, também, outros atos, como os atos de coerção, atos de polícia processual e atos administrativos, mas estes não têm a natureza de atos jurisdicionais.<sup>129</sup>

Deve-se ater ao objeto de análise, ou seja, os atos decisórios, subdivididos em *decisões* e *despachos ordinatórios* (ou de expediente).

Os *despachos de mero expediente* não julgam o mérito. São atos pelos quais o Juiz provê a respeito da marcha do processo. Não comportam recurso e quando muito, podem ensejar correição parcial. Eles estão referidos no artigo 800, inciso III, do CPP, que determina que o despacho de mero expediente (despacho ordinatório ou de movimentação) deve ser prolatado em um dia. Como o processo é uma relação jurídica progressiva, o despacho desempenha uma função de não deixá-lo se estagnar.

As *decisões* são os atos judiciais mais importantes, são atos jurisdicionais. Tais decisões podem julgar o mérito da causa, ou não, dividindo-se em: decisões interlocutórias, chamadas também de “sentenças em sentido amplo”; e decisões definitivas, ou “sentenças em sentido estrito” ou em sentido próprio.<sup>130</sup>

As decisões interlocutórias podem ser: mistas (art. 800, inciso I, segunda parte) ou simples (art. 800, inciso II, tudo do CPP).

---

<sup>129</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 234, v. 4.

<sup>130</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 239, v. 4.

As decisões interlocutórias mistas, também chamadas de decisões com força de definitiva, podem ser terminativas ou não-terminativas. As terminativas põem fim ao processo, como nos casos de rejeição da denúncia, pois encerram o processo (se bem que este nem se completou, pois houve apenas o exercício do direito de ação). Estas, assim como as demais decisões interlocutórias, não julgam o mérito, pondo fim ao processo de uma maneira diferente das sentenças, visto que não julgam o mérito. Já a não-terminativa não põe fim ao processo, mas, sim, a uma fase dele, a uma etapa procedimental (como a decisão de pronúncia nos processos do Tribunal do Júri), tendo, portanto, uma carga decisória maior que as decisões interlocutórias simples.

As decisões interlocutórias simples não põem fim nem ao processo, nem a uma fase processual. Solucionam questões, por exemplo, relativas à regularidade ou marcha processual, sem que penetrem no mérito da causa, como a decretação de prisão preventiva e o recebimento da denúncia.<sup>131</sup>

Diferenciam-se dos despachos ordinatórios devido à sua carga decisória, que o despacho não possui. O despacho é muito mais simples que a decisão interlocutória. O despacho dá, apenas, andamento ao processo e não tem carga decisória alguma. A decisão interlocutória simples<sup>132</sup> não julga o mérito; entretanto, tem um caráter decisório mais acentuado.

A manifestação judicial de recebimento da denúncia possui uma carga decisória inegável. A manifestação em tela produz efeitos típicos de uma decisão. O juízo de admissibilidade da ação penal gera diversos gravames dirigidos ao acusado.<sup>133</sup>

---

<sup>131</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 240, v. 4.

<sup>132</sup> São exemplos: decisões que resolvem os incidentes processuais – incidente de falsidade documental, decisão que homologa ou não o incidente de insanidade mental do acusado, decisões que julgam as exceções de suspeição, de impedimento ou de incompetência, o indeferimento do pedido de assistência ao Ministério Público, a concessão de fiança, etc. Note-se que o conteúdo decisório é evidente, bem diferente de um mero despacho ordenatório.

<sup>133</sup> Tais como: o constrangimento de ter sobre si uma acusação pela prática de um ilícito penal e que poderá afetar de sobremaneira o seu direito de liberdade, bem como as possíveis conseqüências morais ou mesmo sociais — *v.g.* o desemprego. Soma-se, ainda, a estas situações, a obrigação de ter que comparecer a todos os atos processuais a serem realizados sob pena de sofrer sanções, conforme preconiza a nova redação do art. 367 do Código de Processo Penal dada pelo art. 1º da Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996.

Tendo esta um caráter decisório, sem contudo pôr fim a algum processo ou a alguma fase, fica cristalinamente demonstrado que o ato de recebimento da denúncia não é um despacho nem uma decisão interlocutória mista, terminativa ou não terminativa. É, sim, uma decisão interlocutória simples.

A depender do enquadramento do ato de recebimento da denúncia, como se disse, este produzirá efeito e terá regulamentação diversos.

As três grandes diferenças entre ter a natureza jurídica de despacho ordinatório ou de decisão interlocutória simples são: a necessidade de fundamentação do juízo de admissibilidade da ação penal; os “recursos” cabíveis; e o prazo para a manifestação do magistrado.

Entendendo que a manifestação judicial de recebimento da denúncia tem a natureza jurídica de *decisão*, a sua fundamentação se torna necessária, em face da seguinte imposição constitucional da Magna Carta de 1988, *ex vi*, o art. 93, IX: “todas as decisões” proferidas pelos Órgãos do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, “sob pena de nulidade”. Passa, assim, a ser obrigatória a declinação pelo magistrado dos motivos que entendeu existirem para aceitar a acusação, possibilitando, portanto, que o acusado tenha uma ampla defesa.

Já para aqueles que defendem a natureza jurídica de despacho do recebimento da denúncia – fundamentando o seu pensamento na suposta falta de conteúdo decisório e na interpretação literal do CPP – art. 516, que usa o termo “despacho” –, a fundamentação é dispensável, pois o ato não seria decisão, não incidindo a imposição do art. 93, IX, da Constituição Federal. Porém, o próprio artigo citado, o 516, diz que, ainda que despacho fosse, este seria “fundamentado”.

A melhor exegese é a que entende ser, o juízo de admissibilidade da ação penal, uma decisão interlocutória simples, e, por isso, esta decisão deveria ser fundamentada – possibilitando a ampla defesa e o recurso em sentido estrito, utilizando de forma analógica o art. 581 do CPP.<sup>134</sup>

---

<sup>134</sup>Parte respeitável da doutrina entendem que, de *lege lata*, não seria admissível o recurso em sentido estrito. O remédio cabível ainda seria o *Habeas Corpus*, mesmo entendendo tratar-se de uma decisão interlocutória simples a prolação judicial em tela. Esta corrente doutrinária defende que apenas na Lei de Imprensa seria possível o recurso em sentido estrito para o recebimento da denúncia ou da queixa, pois a mesma prevê esta hipótese de forma expressa. Para eles o rol do art. 581 é taxativo.

Vale ressaltar que este não é o entendimento majoritário do STF, do STJ e dos Tribunais de Justiça estaduais, que entendem tratar-se de um mero despacho ou, pior, por vezes lhe reconhecessem a natureza jurídica de decisão interlocutória mista e, mesmo assim, afastam a necessidade de ser fundamentada, imperativo de ordem constitucional aos atos judiciais desta natureza jurídica. Ainda, não é admissível qualquer espécie de recurso, cabendo apenas, contra o ato de recebimento da denúncia, a impetração de um *Habeas Corpus*, que é uma ação autônoma de impugnação.

Neste particular, entende-se haver outra razão importante para se verificar da natureza jurídica do ato judicial de recebimento da denúncia: toda a doutrina e a jurisprudência entendem ser cabível a impetração do remédio heróico quando uma denúncia for recebida e instaurar-se uma ação penal em desfavor do acusado (normalmente, o objeto do *habeas corpus* será o trancamento da ação penal por falta de justa causa). Ora, um simples despacho de mero expediente não teria o condão de acarretar a alguém uma violação ou coação ilegal, atual ou eminente, no seu direito de ir e vir. É claro que a manifestação judicial que inflige este pesado ônus a outrem só pode tratar-se de uma decisão, de um ato jurisdicional.

É assente o entendimento que o Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente da existência de inquérito policial, conforme se depreende da leitura do art. 12 do CPP. Os arts. 27, 39, § 5.º, e 46, § 1.º, do mesmo diploma legal, também corroboram essa interpretação, sendo certo que o inquérito policial é dispensável (STF: RTJ 64/363).

Porém, a denúncia não pode ser mera alegação, mera suspeita, mera desconfiança. Para o oferecimento de denúncia sem lastro em um inquérito policial, deve o Ministério Público possuir o mínimo de documentos necessários ao conhecimento do fato, da autoria e de todos os demais requisitos estabelecidos pelo art. 41 do diploma processual penal.

Nesta senda, a denúncia pode ser oferecida com base em procedimentos outros: administrativo, relatório de comissão parlamentar de inquérito ou pode mesmo ser sedimentada em *notitia criminis* apresentada por particular, desde que suficientemente instruída. Neste sentido, o seguinte acórdão:

Não é essencial ao oferecimento da denúncia a instauração de inquérito policial, desde que a peça acusatória esteja sustentada por documentos suficientes à caracterização da materialidade do crime e de indícios suficientes da autoria (STF: RTJ 76/741).

Os tribunais sempre mostraram essa preocupação com o início da ação penal, conforme se vê de parte do seguinte julgado: “Cabe ao Juiz examinar o inquérito antes de receber a denúncia, a fim de não submeter o cidadão ao vexame de um processo que não constitui crime” (RT 367/127). Mas, não a concretizaram em seus julgamentos.

Depois do advento da Carta Constitucional, essa preocupação do julgador quanto ao mínimo de cautela que deveria ser tomada no momento de dar início à ação penal, para evitar a ocorrência de constrangimentos desnecessários ao cidadão que era investigado, passou a ser redobrada, visto que o princípio da dignidade humana foi, devidamente, alçado ao grau máximo.

Hodiernamente, vemos a sofisticação dos crimes. Dos delitos patrimoniais, como furto e roubo, passou-se à era dos crimes econômicos, ambientais e de informática, quase todos praticados por intermédio da pessoa jurídica. Difícil, pois, nesse passo, apurar-se *in limine* eventuais responsabilidades pela prática de tais delitos. Na esfera societária, as tarefas são divididas entre sócios, gerentes e administradores, e na co-gestão a responsabilidade é diluída. Então, como apurar a responsabilidade criminal por algum crime praticado em nome da empresa?

Permanece, sem dúvida, a necessidade de cautela no exame prévio da justa causa, quanto ao mínimo suficiente para justificar o recebimento da denúncia: certeza da materialidade e indícios suficientes da autoria. Mas, e quanto à identificação da autoria nos crimes societários?

Havendo instauração de inquérito policial, não há maiores problemas, em que pese a ausência de contraditório e de ampla defesa nesse expediente que segue o modelo inquisitivo e no qual a pessoa investigada é mero objeto de um procedimento administrativo, segundo entendimento ainda dominante. Entretanto, um mínimo de provas é produzido, ouvindo-se os membros da empresa no curso das investigações, os quais podem juntar documentos e comprovar que não foram responsáveis pelos fatos praticados em nome da sociedade à qual pertencem.

Porém, e quando inexistente o inquérito policial, ou o procedimento preliminar previsto no art. 514 do CPP? Como apurar as responsabilidades criminais?

A jurisprudência foi instada a pronunciar-se, uma vez que as denúncias eram oferecidas tão-somente com base no instrumento de contrato social da empresa; o Ministério Público, na era dos crimes societários, passou a denunciar todas as pessoas que detinham, ao tempo dos fatos apontados como criminosos, poderes de gerência ou de administração na vida empresarial.

Aquilo que parecia inadmissível para a maioria da doutrina, num primeiro momento, sob o aspecto processual que exige a individualização da conduta de cada réu, a teor do art. 41 do ordenamento processual penal, e somando-se com aquela preocupação original dos tribunais, citada acima, passou a ser acolhido pelos tribunais superiores.

O Supremo Tribunal Federal (STF), assim como o Superior Tribunal de Justiça (STJ), pronunciaram-se no sentido de admitir denúncia genérica contra os sócios que figuravam no contrato social, assinalando que apenas na instrução criminal as condutas de cada sócio podiam ser individualizadas. Nesse sentido, cabe transcrever os seguintes arestos:

Tratando-se de crime societário, a participação de cada acusado deve ser apurada no curso da instrução, sendo, pois, insuficiente para justificar o trancamento da ação penal a circunstância de a denúncia não descrever de forma individualizada a conduta dos co-réus, se isso não prejudica o pleno exercício do direito de defesa (STF – HC 74.571-BA, Rel. Min. Ilmar Galvão, 29.10.96).

O crime de sonegação fiscal não exige prévio procedimento administrativo como condição ao exercício da ação penal, podendo ter início com a notícia criminis. Inadmissível o trancamento da ação penal por alegada ausência de justa causa, quando a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência de crime em tese, exigindo a conveniente apuração através do regular contraditório. – Nos crimes societários, ou coletivos de difícil individualização de cada sócio no delito, permite-se a que a denúncia descreva a infração genericamente. – A afirmação de que o sócio cotista não tem participação gerencial na empresa, por si só, não elide a persecução criminal, onde se fará a prova do alegado (RHC 6377/SP – DJ:15/06/1998, PG: 00135. Rel. Min. CID FLAQUER SCARTEZZINI – Unânime – 5a Turma – STJ).

[...] I – O recebimento da exordial acusatória, em regra, não exige fundamentação. II – A denúncia, calcada em dados válidos e suficientes para a admissibilidade da acusação, e permitindo a adequação típica, não é

inepta e nem carecedora de falta de justa causa. III – A individualização das condutas na denúncia, em crime societário, praticado às ocultas, em escritório, é, conforme o caso, totalmente prescindível. IV – Não há cerceamento de defesa se a recusa da proposta de suspensão do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) está validamente fundamentada. V – O art. 83 da Lei 9.430/96 não é condição de procedibilidade e nem aparente hipótese de prejudicialidade para a propositura ou seguimento da ação penal. VI – O art. 34 da lei 9.249/95 exige o pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia. VII – A inoportunidade da participação no evento só pode ser apurada ao final, no iudicium causae, porquanto exige, aqui, para tanto, o vedado cotejo de prova. (RHC 7.254/SC, DJ: 03/08/1998, PG: 00265. Rel. Min. FELIX FISCHER – 5ª Turma – STJ – Por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, negar-lhe provimento. (Votou parcialmente vencido o Min. EDSON VIDIGAL).<sup>135</sup>

Sendo assim, é possível concluir que o juízo feito hoje, ao se receber uma denúncia, é meramente formal de subsunção do fato à norma. Daí não precisar sequer fundamentar esse tipo de decisão, na visão majoritária dos tribunais.

Porém, e a verificação das condições da ação? E a constatação da materialidade e dos indícios suficientes da autoria? Num exemplo bem simples e esclarecedor: sendo o crime objeto da denúncia o homicídio, deve ser constatável, *prima facie*, a ocorrência da morte, a existência de um laudo cadavérico, obrigatório, por força da lei adjetiva (art. 158), por tratar-se de infração que deixa vestígios. Portanto, deve haver prova da materialidade. E, ainda, verificar se consta nos autos que suportam a denúncia todos os indícios indicados pelo *Parquet* contra a pessoa denunciada.

Ora, o Juiz verificar a existência da prova da materialidade (por exemplo, dizendo que, às fls. tal, encontram-se o atestado de óbito e o laudo médico-legal) e os indícios de autoria<sup>136</sup>, não importam, de forma alguma, em julgamento antecipado do caso ou na análise da prova ou de mérito, apenas a constatação da existência de elementos de prova hábeis e suficientes para impor ao denunciado todos os ônus que uma ação penal carrega, por si só.

<sup>135</sup> Jurisprudência coletada por SANCHOTENE, Salise Monteiro. **Julgamento Antecipado da Ação Penal: Ilegitimidade de Parte**. Brasília: Revista CEJ, n. 10, abr. 2000, p. 42-43.

<sup>136</sup> Faz-se isto apenas afirmando que: os depoimentos de fls. tais apontam o indiciado como o autor do fato, além do que, segundo consta, foi encontrado em seu poder a arma de fogo apontada como causadora dos ferimentos na vítima e não há, por enquanto, nenhum elemento impeditivo - como seria um álibi -, modificativo - como seria a circunstância da arma encontrada com o sujeito não possuir cão - ou extintivo - como seria a prescrição- dos fatos apontados na inicial.

Diferente disto, crê-se, seria a imposição de um constrangimento absolutamente ilegal – o de sujeitar-se a um processo penal por crime que não há o mínimo indício de que tenha cometido – e a ressurreição da responsabilidade penal objetiva.

Por isto, já dizia o saudoso professor Frederico Marques, ainda nos anos 60:

O processo penal atinge o *status dignitatis* do acusado. Em vários casos, este sacrifício é exigido, como acontece sempre que o réu é absolvido, no interesse do bem comum. Todavia, se nem o *fumus boni juris* pode descobrir-se, para alicerçar a peça acusatória, seria iníquo que o juiz permanecesse impassível e, como simples autômato, fosse recebendo a denúncia ou a queixa.<sup>137</sup>

Além de tudo, a regra no processo penal brasileiro vigente é a de não se oportunizar ao investigado, indiciado e/ou denunciado, o direito de defender-se antes do recebimento da denúncia, em outras palavras, fora da ação penal, salvo nas exceções que serão vistas a seguir.

### **3.1.2 Posições jurisprudencial e doutrinária**

Como citado, os tribunais brasileiros têm decidido não ser necessário fundamentar o despacho que recebe a denúncia ou a queixa-crime<sup>138</sup>, pois, na dicção da jurisprudência, é mero juízo de admissibilidade da demanda e não um ato decisório, motivo pelo qual descabe ao Juiz antecipar seu entendimento quanto ao mérito (RT 653/301; STJ, 6. T., RHC 4.801, pub. DJU de 18-12-95, p. 44624; STF, 1. T., Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 23-09-94, p. 25328).

Neste sentido, assim já se manifestou o Pretório Excelso:

---

<sup>137</sup> FREDERICO MARQUES, José. O Recebimento da Denúncia. In: **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 147.

<sup>138</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 95.

O despacho que recebe a denúncia ou a queixa, embora tenha também conteúdo decisório, não se encaixa no conceito de decisão, como previsto no art. 93, IX da Constituição, não sendo exigida a sua fundamentação (art. 394 do CPP); a fundamentação é exigida, apenas, quando o Juiz rejeita a denúncia ou a queixa (art. 516 do CPP). Precedentes.<sup>139</sup>

O Código de Processo Penal não reclama explicitude ao ato de recebimento judicial da peça acusatória. O ordenamento processual penal brasileiro não repele, em consequência, a formulação, pela autoridade judiciária, de um juízo implícito de admissibilidade da denúncia. O mero ato processual do Juiz - que designa desde logo, data para o interrogatório do denunciado e ordena-lhe a citação - supõe o recebimento tácito da denúncia.<sup>140</sup>

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

No despacho de recebimento da denúncia ou da queixa, embora se revista de conteúdo decisório, é desnecessária a observância do disposto no art. 93, IX da CF.<sup>141</sup>

O despacho que recebe a denúncia dispensa fundamentação, dada a sua natureza de interlocutória simples.<sup>142</sup>

O recebimento da exordial acusatória, em regra, não exige a fundamentação.<sup>143</sup>

[...]. Exige-se fundamentação no despacho que rejeita a queixa ou a denúncia, silenciando a lei quanto à hipótese de recebimento de denúncia. Exegese do art. 516 do CPP. - O despacho de recebimento da denúncia não contém carga decisória, tendo a natureza de decisão interlocutória simples que, na sistemática processual vigente, dispensa fundamentação, não gerando preclusão quanto a regularidade da peça exordial. - Recurso ordinário desprovido. (RHC n. 7927 – MG, 6ª Turma, Rel. Min. VICENTE LEAL, j. 29.10.1998, DJU de 14.12.1998, p. 00304).

[...]. V – Esta Corte Superior tem entendido que, nos crimes falimentares, a decisão que recebe a denúncia, por ser providência de natureza interlocutória simples e mero juízo de admissibilidade de acusação, não necessita de fundamentação aprofundada, basta a indicação de que os fatos narrados na exordial guardam relação com o inquérito judicial e que, em tese, configurem crime. Não havendo, entretanto, qualquer fundamentação, ainda que sucinta, incide na espécie o enunciado da Súmula 564/STF. Recurso parcialmente provido tão somente para anular o processo a partir do recebimento da denúncia. Prejudicado o HC nº

<sup>139</sup> HC n. 72286-5 PR, DJU de 16.2.96, p. 2.998.

<sup>140</sup> STF - RT 692/343-4.

<sup>141</sup> RT 753/554.

<sup>142</sup> RT 683/356-7.

<sup>143</sup> RSTJ 112/252.

21436/SP, substitutivo deste recurso ordinário. (RHC n. 12699 – SP, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, j. 17.12.2002, DJU de 10.03.2003, p. 244).

[...] 1. Do despacho que teve como boa a denúncia ofertada contra a paciente, constata-se que, muito embora não tenha o magistrado expendido maiores considerações, motivou suficientemente sua convicção. 2. "Apresentando-se sucinto o despacho de recebimento da denúncia, nos crimes falimentares, não há porque acoimá-lo de nulo, notadamente, levando-se em conta tratar-se de providência de natureza interlocutória simples e de mero juízo de admissibilidade de acusação, ficando, pois, dispensadas análises aprofundadas" (HC nº 10.560/SP, Relator o Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJU de 21.08.2000) 3 - Apresentando-se sucinto o despacho de recebimento da denúncia, nos crimes falimentares, não há porque acoimá-lo de nulo, notadamente, levando-se em conta tratar-se de providência de natureza interlocutória simples e de mero juízo de admissibilidade de acusação, ficando, pois, dispensadas análises aprofundadas. 4 - Recurso improvido. (RHC n. 11869 – SP, 6ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 27.11.2001, DJU de 25.02.2002, p. 445).

[...]; II. É válido o despacho que recebe a denúncia de maneira sucinta mas satisfatoriamente fundamentada, tendo em vista que, por se tratar de providência de natureza interlocutória simples e mero juízo de admissibilidade de acusação, não se exigem análises aprofundadas. (HC n. 7831 – SP, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, j. 01.12.1998, DJU de 01.02.1999, p. 00218).

- É assentada a jurisprudência desta Corte no sentido de que o despacho de recebimento da denúncia – dada a sua natureza de decisão interlocutória simples – prescinde de fundamentação substancial quanto ao mérito da acusação, sendo suficiente que o magistrado examine perfunctoriamente a existência das condições da ação e a caracterização, em tese, da infração penal. RHC n. 14695 - PE, 5ª Turma, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, j. 18.11.2003 , DJU de 25.02.2004, p. 190

A maioria dos tribunais estaduais segue a orientação dos tribunais superiores.<sup>144</sup>

Em sentido diverso, porém, no mesmo STJ, da lavra do eminente e visionário Ministro Cernicchiaro, hoje aposentado:

RHC - PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. CRIME DE INICIATIVA PRIVADA. LEGITIMAÇÃO. Toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (Const., art. 93, IX). O despacho de recebimento da denúncia impõe

<sup>144</sup> Além dos arestos destacados, veja-se, a respeito, a compilação feita por GIACOMOLLI, Nereu Jose. Aproximação à Garantia da Motivação das Decisões Criminais: aspectos jurisprudenciais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre: ESMP; CEIP. Ano 6, n. 11, jan./jun./2005, p. 87-88, nota de rodapé n. 56.

consideração especial. O Juiz não pode antecipar o julgamento. Resulta das provas recolhidas na instrução criminal. Em conseqüência, não pode, no despacho inicial, decidir se há crime, ou não. Cumpre restringir-se a analisar as condições de ação e existência, em tese, de fato-infração penal. Praticamente, o despacho seria o seguinte: Partes legítimas, denúncia formal e materialmente idônea, inoccorrência de extinção da punibilidade. Evidente, excessivo amor à forma exigir despacho desse teor. [...]. (RHC n. 5.242/SP - Rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO - DJU 24.6.96).

Porém, segundo Nereu Giacomolli, as decisões dos tribunais neste sentido são poucas e tímidas.<sup>145</sup>

Na doutrina, se verifica posições convergentes com a jurisprudência dominante.

Fernando Pedroso considera o ato judicial de recebimento da denúncia (ou queixa) um ato simplesmente ordinatório, despacho de mero expediente, não necessitando, diversamente do ato judicial que rejeita a exordial acusatória (este recorrível, art. 581, I, CPP, e que põe termo ao processo – logo, lembra o citado autor, uma decisão interlocutória mista), ser motivado.<sup>146</sup>

Para Pedroso, nem sequer é exigível a utilização explícita das sacramentais palavras “recebo a denúncia” (ou queixa), uma vez que o simples despacho ordenando a citação do réu e designando data para o seu interrogatório, atos processuais somente compatíveis com a instauração do processo, já denota o recebimento implícito ou tácito da prefacial acusatória.

Portanto, conclui Fernando Pedroso, “desta sorte, não vulnera o direito de defesa do acusado e tampouco viola o art. 93, IX, da CF, a ausência de fundamentação ou motivação do despacho liminar positivo”, citando, no sentido de sua conclusão, vários acórdãos.<sup>147</sup>

Porém, a melhor doutrina discorda e tece severas críticas ao entendimento pretoriano majoritário.

Neste sentido, já dizia Tourinho Filho:

---

<sup>145</sup> GIACOMOLLI, Nereu Jose. Aproximação à Garantia da Motivação das Decisões Criminais: aspectos jurisprudenciais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre: ESMP; CEIP. Ano 6, n. 11, jan./jun./2005, p. 87.

<sup>146</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O Direito de Defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 142.

<sup>147</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. **Op. cit.**, p. 142.

O recebimento de uma denúncia, [...] são atos jurisdicionais. De um modo geral, são eles denominados *decisões*, porque envolvem, com maior ou menor intensidade, um julgamento. A decisão do Juiz, recebendo a denúncia, envolve um juízo de admissibilidade da acusação. Ao recebê-la, o Juiz procurou ver se o direito de ação era viável, isto é, se estava satisfeitas as condições da ação; analisou a regularidade formal da peça acusatória, isto é, se estavam satisfeitas as exigências do art. 41 do CPP; se havia ou não a assinatura do Promotor de Justiça com exercício naquele juízo, e, por último, procedeu a um exame sobre a viabilidade da relação processual (problema de competência, quer a objetiva, quer a subjetiva, e, às vezes, de outros pressupostos processuais). Há, assim, um julgamento do Juiz no despacho liminar, por meio do qual ele recebe a peça acusatória. Trata-se de uma decisão. Certo, contudo, que tal julgamento não será tão intenso quanto aquele em que o Magistrado julga a pretensão procedente ou improcedente. Mas, de um modo geral, todos os atos deliberatórios do Juiz são denominados decisões, desde que envolvam um julgamento.<sup>148</sup>

O processualista paulista entende que o recebimento da denúncia ou queixa implica escolha judicial entre a aceitação e a recusa da acusação, logo, deve ser fundamentada tal decisão por conter carga decisória.<sup>149</sup>

A importância de ser repensada a jurisprudência majoritária a respeito vem expressa no aresto que segue:

O despacho de recebimento da denúncia requer muito equilíbrio e ponderação, pois, do contrário, a função repressiva do Estado acabaria destacando-se como grave prejuízo para o interesse comum e a segurança social. O magistrado deve saber procurar esse meio termo (que é também o justo termo) para não rejeitar a acusação como se estivesse decidindo definitivamente sobre o mérito da causa, nem tampouco receber automaticamente a peça acusatória que se contém na denúncia (RT 341/273).<sup>150</sup>

Aury Lopes Junior assim se manifesta:

O dever de motivar a decisão que recebe a acusação é outro aspecto fundamental. Provavelmente, a ausência de uma fase intermediária tenha contribuído a que os juízes e as partes dêem pouca importância a esse momento processual, os primeiros aceitando as denúncias e queixas com despachos formulários e sem a menor fundamentação, e os segundos, já conformados com essa prática e sem instrumentos processuais adequados,

<sup>148</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 238. v. 4.

<sup>149</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Op. cit.**, p. 238. v. 4.

<sup>150</sup> Aresto colhido em SANCHOTENE, Salise Monteiro. **Julgamento Antecipado da Ação Penal: Ilegitimidade de Parte**. Brasília: Revista CEJ, n. 10, abr. 2000, p. 40.

acabam tolerando e pactuando com a ilegalidade. [...] O recebimento da acusação significa um grande passo no sentido da diminuição do *status libertatis* do sujeito passivo e para isso devem existir suficientes elementos e a devida fundamentação judicial que permita o controle da racionalidade. O juízo de pré-admissibilidade da acusação – assim chamado em contraste com o juízo definitivo de admissibilidade que será realizado na sentença – é o momento em que o Juiz deve decidir sobre a abertura ou não do processo, considerando ainda que o processo penal é uma pena em si mesmo, que possui um elevado custo para o sujeito passivo e que gera uma grave estigmatização social e jurídica do sujeito passivo. Tudo isso exige uma grande dose de responsabilidade do órgão jurisdicional, que somente é controlável pela motivação.<sup>151</sup>

Nereu Giacomolli também enfrenta a questão:

Com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime (acusação), altera-se a situação do sujeito: de cidadão comum para acusado, processado. Trata-se, portanto, de importante decisão criminal, modificativa do *status* da cidadania; de decisão criminal relevante, e não de mero despacho ordinatório. Na medida em que a própria Constituição Federal determina a motivação de um mero ato administrativo (art. 93, X), com maior razão, em face das conseqüências e efeitos que produz, o recebimento de uma acusação formalizada há de ser motivado. [...] Inadmissível a validade da motivação implícita: “Recebo a denúncia”, na medida em que esta manifestação volitiva não expressa os motivos da alteração da condição de cidadão para cidadão processado, acusado, réu; tão-pouco é resultado de um processo racional de explicação dos motivos que levaram o magistrado a dar início ao processamento formal do autor do fato. Tal exteriorização ritualística poderia ter sido emitida por qualquer agente, não necessitando ser um magistrado. Por isso, o “recebo a denúncia” não contém motivação e nem, conseqüentemente, fundamentação. Alega-se que, no momento em que o magistrado recebe a denúncia ou a queixa-crime, está, implicitamente, afirmando a existência e presença de todos os requisitos legais, ensejadores da viabilidade acusatória (recebimento). Entretanto, tal exegese, além de admitir uma acusação imotivada, dificulta o exercício da ampla defesa, na medida em que esta há de impugnar todos os requisitos elencados nos artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal.<sup>152</sup>

Destaca que, na prática forense, observa-se a regra do recebimento automatizado da denúncia, para não dizer mediante carimbo.<sup>153</sup>

<sup>151</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173-174.

<sup>152</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à Garantia da Motivação das Decisões Criminais: aspectos jurisprudenciais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre: ESMP; CEIP. Ano 6, n. 11, jan./jun./2005, p. 84-85.

<sup>153</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Op. cit.**, p. 85, nota de rodapé n. 49.

Paulo Rangel é incisivo:

De nada adiantaria a Constituição Federal assegurar a motivação das decisões judiciais se o magistrado pudesse receber a denúncia sem motivar sua decisão. Ou se garante ao cidadão a ciência dos motivos pelos quais o Estado-Administração o está processando ou de nada vale a garantia da motivação das decisões judiciais.<sup>154</sup>

Para Magalhães Filho:

Especialmente após a Constituição Federal de 1988, não é possível continuar a entender-se que o provimento judicial que recebe a denúncia ou a queixa seja um mero despacho de expediente, sem carga decisória, que dispensaria a motivação reclamada pelo texto constitucional; trata-se, com efeito, de uma *decisão* que não pode deixar de ser fundamentada, o que, aliás, vem sendo ressaltado sem hesitações pela doutrina.<sup>155</sup>

Como se vê, não são poucas as vozes que se insurgem quanto à orientação jurisprudencial dominante<sup>156</sup>. Contudo, não se vislumbra mudanças na posição dos tribunais. A tendência é de que apenas com a aprovação do anteprojeto do novo Código de Projeto Penal venha a ocorrer mudanças nessa matéria, porquanto este prevê a fundamentação de toda a decisão que receber a denúncia ou a queixa, como ainda será visto

Ou, quer-se acreditar que, pelo peso doutrinário dos críticos do *status quo* reinante nos tribunais pátrios, há luz no fim do túnel, luz esta muito forte e túnel este muito curto.

---

<sup>154</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 466-467.

<sup>155</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 209.

<sup>156</sup> Neste sentido, também BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal**. Denúncia, queixa e aditamento. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 157; FURTADO, Renato de Oliveira. Denúncia: necessidade de fundamentação de seu recebimento, **RT** 682/405-7; TOVO, Paulo Cláudio. Decisões preambulares no processo penal condenatório: natureza jurídica e recorribilidade, **Ajuris** 59/278-282.

## **3.2 Exceções**

Desde o advento do próprio Código de Processo Penal, várias exceções foram previstas para a regra geral, a qual estabelece que, findo o inquérito policial, remetido ao Poder Judiciário e dado vista ao Ministério Público, este oferece denúncia com base no que foi coletado na fase investigatória e o Juiz a recebe por meio de despacho não fundamentado, não cabendo recurso deste ato.

As exceções, em alguns casos, exigiram uma oportunidade de defesa preliminar do acusado, ante do recebimento da denúncia; outras exigiram que o ato judicial de recebimento da denúncia fosse motivado; também, já adveio legislação excepcional a proporcionar recurso desta decisão. Vejam-se essas exceções.

### ***3.2.1 Defesa preliminar nos crimes de responsabilidade de funcionários públicos***

O rito previsto por lei para as ações penais em que sejam denunciados crimes de responsabilidade de funcionário público prevê algumas regras especiais. A mais importante delas diz com a possibilidade de se efetuar um pequeno contraditório na fase que antecede ao recebimento da denúncia, com a apresentação de uma defesa preliminar, tal como prevista no art. 514 do CPP.

A ausência de observância desse rito implica nulidade relativa, conforme reiterada jurisprudência, porquanto, dependendo do teor da defesa preliminar oferecida, o Juiz poderá, conforme preconiza o art. 516 do mesmo Código, rejeitar a denúncia ou a queixa se estiver convencido da inexistência de crime ou da improcedência da ação. Essa decisão que rejeita a denúncia, por consequência, deverá ser fundamentada.

Dada, porém, a possibilidade de realização de um contraditório breve, e também do exercício da ampla defesa, outra parte da doutrina entende que a falta de observância desse rito induz nulidade absoluta.<sup>157</sup>

Considerando a finalidade da medida, que é de evitar a sujeição de funcionário público a processo temerário, a cautela deveria ser estendida a todos os processos, a fim de se assegurar igualdade, pois, salvo quanto à fase inicial, o rito restante é igual ao do processo ordinário.

Contudo, ao invés de ampliar os horizontes da defesa, de se interpretar o citado dispositivo de forma extensiva, o que se tem observado é o diametralmente oposto: a tendência atual da jurisprudência em interpretar restritivamente o texto legal e limitar direitos, inclusive *contra legem*. Neste sentido, recente súmula do STJ, a de nº 330, cujo teor é o seguinte: “É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instituída por inquérito policial”.

Qual o sentido deste verbete, que consolida diversos precedentes daquela Corte, se não restringir a ampla defesa?<sup>158</sup>

Faz parecer, ao intérprete menos avisado, que no inquérito policial foi exercido o contraditório e a ampla defesa. Pior: acaba por obrigar, de forma ilegal, que se exercite a defesa ainda no IP, sob pena de preclusão consumativa.

### **3.2.2 Processos da competência do Tribunal do Júri**

O procedimento, nos processos de competência do Tribunal do Júri, está dividido em duas fases distintas: o *judicium accusationis*, na qual o Juiz singular admite a acusação, e o *judicium causae*, na qual o processo é julgado pelo Júri.

---

<sup>157</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 212, v. 4.

<sup>158</sup> A tão só justificativa de que ao tempo da promulgação do instrumento processual penal não se admitia inquéritos policiais contra funcionários públicos – por isso a determinação legal do art. 514 – e que, nos tempos atuais, não há mais este impedimento, não justifica a restrição da ampla defesa.

Entre as duas fases, conforme preconiza o art. 538 do CPP, o Juiz terá a oportunidade de sanear o feito para: absolver sumariamente o réu, desclassificar o crime, pronunciar o réu ou, ainda, impronunciar o réu – se estiver convencido da ausência de fato típico ou de indícios suficientes da autoria.<sup>159</sup> A decisão de impronúncia caracteriza verdadeira “absolvição de instância”<sup>160</sup>, porquanto deverá analisar as condições da ação e, convencido da ausência de qualquer dessas, proferirá decisão terminativa de carência de ação.

Novamente depara-se com situação de absoluta desigualdade no ordenamento processual penal pátrio, pois o legislador não estendeu a possibilidade de uma decisão saneadora semelhante ao processo ordinário.

Assim, Weber Batista entende que “poderia ser estendida às formas de procedimento comum do Código, como regra, a solução prevista para o processo do júri”. Acrescenta o autor, ademais, que se nos processos de júri a decisão preliminar baseia-se nas provas colhidas no sumário, nos demais procedimentos comuns poderia basear-se no inquérito policial ou nas provas trazidas pelo acusado com sua defesa preliminar, caso fosse prevista.<sup>161 – 162</sup>

É preciso ressaltar que todas as decisões antecipadas de encerramento do processo devem estar lastreadas em prova segura, principalmente por que nos processos de competência do Tribunal do Júri vigora a máxima in *dubio pro societate*.<sup>163</sup>

Já se decidiu que no despacho de recebimento da denúncia não se afere, desde logo, a existência de indícios veementes de autoria, ou a certeza da materialidade do crime, como sucede no juízo da pronúncia. A rigor, cogita-se apenas da regularidade formal da denúncia, da viabilidade processual e da viabilidade do direito de ação.<sup>164</sup>

<sup>159</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 243.

<sup>160</sup> BATISTA, Weber Martins. **Direito Penal e Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 145.

<sup>161</sup> BATISTA, Weber Martins. *Op. cit.*, p. 146.

<sup>162</sup> Esta constatação, esta idéia do professor carioca, ainda nos idos do final dos anos 90, traduz bem a problemática e as conclusões da presente pesquisa acadêmica.

<sup>163</sup> BATISTA, Weber Martins. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>164</sup> RT 489/303 a 306.

Porém, com a devida *venia*, a verificação da viabilidade processual implica, necessariamente, em aferir a existência de indícios, se não veementes, suficientes da autoria e a certeza da materialidade do crime. A ação penal não é instrumento de apuração de infração penal! A verificação se houve ou não crime, com a coleta das provas da materialidade e a apuração dos indícios de autoria são providências anteriores à ação penal, devendo constar no inquérito policial ou das peças de informação que deram suporte fático à denúncia ou à queixa, e, desta forma, perfeitamente viável, necessário até, a verificação pelo Juiz da presença destes pressupostos processuais e condições da ação.

### **3.2.3 Crimes de Imprensa – Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**

Após as exceções previstas no próprio *codex* processual, teve-se as regras especiais da legislação que tratou da liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

A Lei de Imprensa estipulou que, além da denúncia ou queixa ser instruída com exemplar da mídia que veiculou o suposto delito, o Juiz, ao despachar a peça inicial, deve determinar a citação do réu para apresentar, em 5 dias, sua defesa prévia. Na falta desta verdadeira contestação nos prazos legais, o Juiz, então, é obrigado a declarar o réu revel e nomear-lhe defensor dativo, a quem se dará vista dos autos para oferecer a peça defensiva preliminar. Nesta peça, chamada pela lei de defesa prévia, devem ser argüidas as preliminares cabíveis, bem como a exceção da verdade, apresentando-se, igualmente, a indicação das provas a serem produzidas.

Após esta etapa preliminar, o Juiz pode receber ou rejeitar a denúncia ou queixa. Deverá ser rejeitada na falta de justa causa e na carência dos requisitos do art. 43 do CPP, cabendo recurso de apelação. A novidade é a previsão de que, da decisão de recebimento, caberá recurso em sentido estrito (sem suspensão do curso do processo).

Ora, para que uma decisão possa ser recorrida, necessário se faz que esteja motivada e fundamentada, pena de não poder ser conhecida pelo órgão *ad quem*.

Considera-se esta sistemática adotada pela Lei de Imprensa uma evolução e um aperfeiçoamento importantíssimo no processo penal brasileiro. Pena que não foi estendida às demais infrações penais.

Contudo, a previsão do recurso em sentido estrito mereceria ser aplicável à regra geral do sistema processual penal, porque, além de diminuir o uso do *habeas corpus*, possibilita o juízo de retratação.

### **3.2.4 Ação penal originária dos tribunais – Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990**

O CPP previa um rito próprio para as infrações penais cujo processo e julgamento eram da competência dos tribunais, especificamente nos arts. 556 a 562.

Após o advento da Constituição de 1988, e a reestruturação ocorrida no Poder Judiciário com a extinção do Tribunal Federal de Recursos e a conseqüente criação dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça, foi editada a Lei n.º 8.038/90, a qual estabeleceu procedimento único para as infrações da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Posteriormente, a Lei n.º 8.658/93 revogou os arts. 556 a 562 do CPP e estendeu as normas contidas na Lei n.º 8.038/90 às ações penais da competência originária dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Ficaram, assim, uniformizadas as regras procedimentais de todos os tribunais existentes.

A Lei n.º 8.038/90 prevê que, após ofertada a denúncia, ou a queixa-crime, o denunciado ou querelado será notificado para oferecer resposta no prazo de quinze dias. Se, depois de receber a notificação, o denunciado ou querelado juntar documentos ao feito, intima-se a parte contrária para que se manifeste no prazo de cinco dias e, somente então, o tribunal deliberará sobre o recebimento ou a rejeição da denúncia ou da queixa – atendidos os pressupostos do art. 43 do CPP – ou

decidirá sobre a improcedência da acusação – no caso de falta de justa causa – se a decisão não depender de outras provas.

Vê-se, pois, que o contraditório também é estabelecido, nessa hipótese, antes do juízo de admissibilidade da denúncia ou da queixa, ou seja, os magistrados do tribunal, ao invés de efetuarem um juízo meramente formal da acusação, terão em mãos mais do que a mera descrição dos fatos na ótica do acusador: terão a oportunidade de ouvir a defesa preliminar do denunciado ou querelado que, se bem exercida, poderá elidir a acusação e impedir o nascimento da ação penal.

Também é importante destacar que se está diante do primeiro dispositivo legal que expressamente autoriza o tribunal a decidir liminarmente pela improcedência da acusação por ausência de “justa causa”.

### **3.2.5 Infrações de menor potencial ofensivo – Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995**

Além dos crimes graves excetuados – tóxicos e homicídios –, também as infrações penais ditas de menor potencial ofensivo têm um rito mais favorável ao autor do fato.

Entre as medidas despenalizadoras implantadas pela Lei n.º 9.099/95, esta implementou em seu procedimento, chamado sumaríssimo, uma oportunidade de a defesa tentar ilidir o recebimento da denúncia.

Oferecida a denúncia ou queixa, com cópia ao acusado, que serve de citação<sup>165</sup>, há designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento. Na data aprezada, aberta a audiência, “será dada a palavra ao defensor para

---

<sup>165</sup> *Citação* não pode ser confundida com *notificação* e não é possível falar-se já em citação quando a denúncia nem mesmo foi ainda recebida. A citação é ato introdutivo da instância penal que confere à relação processual a angularidade que a caracteriza como *actum trium personarum*, o que, nesta fase do artigo em comento, ainda não se instalou, podendo a denúncia vir até mesmo a não ser recebida. Há, portanto, uma impropriedade técnica. TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 137, v. 1.

responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou a queixa (art. 81)”.

Portanto, de forma escrita ou oral, a defesa técnica tem como contestar os fundamentos da denúncia e influir no juízo de prelibação.

Não há previsão, porém, de a decisão do Juiz, ao receber a denúncia, deva ser fundamentada.

Crê-se, porém, impossível abdicar-se do mandamento constitucional de fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário (art. 93, IX), visto que o Juiz não elabora um simples despacho, pois, havendo o contraditório – oferecimento de denúncia e resposta à acusação – estamos defronte uma decisão em que o Juiz deve demonstrar o porquê de acolher ou não os fundamentos de um (acusação) ou de outro (a defesa).

Não se olvide, em termos de inovações legislativas, que o art. 76 da Lei n.º 9.099/95 introduziu uma nova política criminal de transação em matéria criminal, que não dispensa a análise preliminar da existência de justa causa.<sup>166</sup> Mesmo com a simplificação do procedimento, permanece imperiosa a necessidade de exame prévio dos requisitos exigidos pelos arts. 41 e 43 do CPP.

A lei previu que da decisão de rejeição da denúncia ou queixa caberá apelação, nada dizendo sobre a decisão de recebimento.

### **3.2.6 Crimes falimentares (anteriormente à Lei n.º 11.101, de 9.02.2005)**

Na vigência da revogada Lei de Falências, o Decreto-Lei n.º 7.661/45, o art. 109, em seu § 2.º, determinava que o despacho de recebimento da peça inaugural da ação penal fosse fundamentado.

---

<sup>166</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 154.

Diversos julgados decidiram que a falta de fundamentação, nesta hipótese, acarretava a nulidade do feito, por omissão de formalidade essencial do ato.<sup>167</sup>

A confirmar a correção destes julgados, a Súmula n.º 564 do STF, *in verbis*: “A ausência de fundamentação do despacho de recebimento de denúncia por crime falimentar enseja nulidade processual, salvo se já houver sentença condenatória”.

Não obstante, não eram poucas as decisões que concluíam pela inexistência da eiva.<sup>168</sup>

A novel Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, revogando, pois, o Decreto-lei n.º 7.661/45 e os arts. 503 a 512 do CPP, não renovou a citada determinação no dispositivo que tratou do assunto. Assim, o art. 185 da nova lei apenas diz que, “recebida a denúncia ou a queixa, observar-se-á o rito previsto nos arts. 531 a 540” do CPP, que tratam do processo sumário.

A nosso ver, um retrocesso na tutela dos direitos fundamentais do imputado.

### **3.2.7 A nova Lei de Tóxicos - Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006**

A novíssima Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, que regulou o novo procedimento criminal nos crimes de tóxicos, dispôs, na seção referente à instrução criminal, um novo rito, semelhante àquele estipulado pela lei revogada, n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

Neste, recebidos os autos do inquérito policial ou outras peças de informação em juízo, dar-se-á vista ao Ministério Público para, dentre outras providências possíveis, oferecer a competente denúncia (art. 54, inciso III).

---

<sup>167</sup> RTJ 54/571, 59/409, 62/593, 67/77 e RT 480/312, 497/408 e 537/300.

<sup>168</sup> RT 413/377, 443/79, 486/291, 490/406; RF 137/182; RTJ 37/214, 48/673 e 53/248.

Ofertada a denúncia, o Juiz deve ordenar a notificação (a lei revogada falava erroneamente em citação) do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 dias (art. 55, *caput*).

Na resposta do acusado, consistente de defesa preliminar e exceções, este poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e arrolar testemunhas (art. 55, § 1.º), sendo que, se o acusado não apresentar “resposta” no prazo assinalado, ser-lhe-á nomeado defensor dativo pelo Juiz para cumprir a providência, também em 10 dias, segundo o § 3.º do mesmo art. 55 (portanto, a apresentação da defesa preliminar, defesa prévia ou resposta não é apenas um direito da defesa pessoal ou técnica, mas, sim, um ônus processual).

Apresentada a defesa, o Juiz pode determinar, se entender imprescindível, a realização de diligências, exames, perícias e apresentação do preso, com prazo máximo de 10 dias (art. 55, § 5.º). A nova lei não exige mais a intimação do Ministério Público para manifestar-se sobre a resposta do réu, como fazia a lei revogada.

Se ofertadas exceções, estas serão processadas em apartado (art. 55, § 2.º).

Somente aí, então, ou seja, após o oferecimento da denúncia, a apresentação de defesa preliminar, a realização de diligências imprescindíveis, é que o Juiz decidirá sobre o recebimento ou não da denúncia (art. 55, § 4.º).

Não há determinação expressa na lei de que este ato judicial deva ser fundamentado.

Porém, o texto legal é apto a verificar a natureza jurídica desta manifestação judicial: segundo o art. 55, § 4.º, trata-se de “decisão”, como se vê: “Apresentada a defesa, o juiz *decidirá* em 5 (cinco) dias” (sem grifo no original). Logo, não é um mero despacho ordinatório. A lei tratou o ato judicial que resolve sobre o recebimento ou rejeição da denúncia de “decisão”.

Portanto, aplicável à espécie o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, que determina o dever de todas as “decisões” do Poder Judiciário serem fundamentadas, sob pena de nulidade.

A lei não trouxe alterações no sistema recursal, particularmente no taxativo rol do art. 581 do CPP, que trata do recurso em sentido estrito.

Novamente, a lei traz uma situação processual diversa aos denunciados por crimes que, em sua grande maioria, são graves e até considerados hediondos, ou seja, os aqui acusados têm a possibilidade de tentar ilidir o recebimento da denúncia e de apresentar uma defesa preliminar, uma contestação à denúncia.

O legislador vem, gradativamente, possibilitando o exercício pleno da ampla defesa. Porém, o tratamento desigual, mediante exceções à regra geral, e de tantas exceções, não mais justifica que os acusados por crimes que sigam o procedimento ordinário do CPP – muitas vezes por crimes de menor gravidade do que o tráfico de entorpecentes e o de homicídio – continuem sendo tratados sem igualdade, não lhes sendo possibilitado apresentar uma defesa preliminar.

### **3.3 Alterações no Código de Processo Penal – projeções legislativas**

Ver-se-á, em breves linhas, os anteprojetos de lei sugeridos ao legislador pátrio para aperfeiçoar o sistema processual penal, particularmente no tocante ao objeto deste trabalho: alterações no modelo do juízo de recebimento da denúncia, observando-se, também, pela estreita ligação, o desenvolvimento do conceito de *justa causa*.<sup>169</sup>

#### **3.3.1 O Anteprojeto Hélio Tornaghi - 1963**

Em 1963, o Professor Hélio Bastos Tornaghi apresentou um Anteprojeto de Código de Processo Penal.

---

<sup>169</sup> Fonte principal deste item: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa para a Ação Penal**. São Paulo: RT, 2001, p. 125-134. Também se pesquisou o sítio da Câmara dos Deputados.

O silêncio do diploma processual penal em vigor – aliás, é o que ainda está em vigor -, a respeito da necessidade de fundamentação do despacho de recebimento da denúncia, ou mesmo da natureza jurídica deste ato judicial, parece ter influenciado o Professor Tornaghi no anteprojeto, pois a ela ele também não se referiu.

A proposta apenas dispôs ser obrigatória a denúncia sempre que houver: a) prova do fato que, em tese, constitua crime; e b) prova que abone a suspeita de autoria (art. 23).

### **3.3.2 O Anteprojeto Frederico Marques - 1970**

Outro anteprojeto de novo CPP foi apresentado em 1970, desta vez elaborado pelo professor paulista José Frederico Marques que, publicado no Diário Oficial de União de 29 de junho de 1970, para receber sugestões, disciplinou a matéria de maneira totalmente diferente.

Quando tratou da ação penal, já no art. 10, previu que “não será proposta ação penal pública ou privada sem legítimo interesse ou justa causa”, dispondo o parágrafo único que “a acusação que não tiver fundamento razoável, será rejeitada, de plano, por falta de justa causa”.

No art. 246, determinou que “a denúncia ou queixa não poderá ser apresentada sem estar instruída com os autos de inquérito policial, ou com documentos que mostrem haver justa causa para a acusação”.

Em capítulo intitulado “julgamento conforme o estado do processo”, fixou, no art. 300, que “o Juiz declarará encerrado o processo sem decisão de mérito, rejeitando a denúncia ou queixa: I. se não houver justa causa para a acusação”.

Ou seja, o art. 300, inciso I, estabelecia o controle prévio de admissibilidade da denúncia oferecida nas ações penais públicas, autorizando que se examine a

justa causa para a acusação formulada. Cuidava-se, no entender de Weber Batista, de um verdadeiro despacho saneador.<sup>170</sup>

Marcelo Fortes Barbosa dizia que o autor do anteprojeto, em diversas oportunidades, manifestou seu entendimento no sentido de que há identificação entre “justa causa” e “interesse de agir”, procurando estabelecer um paralelo entre o *fumus boni iuris* e as condições da ação como orientação para o recebimento da denúncia.<sup>171</sup>

É importante assimilar a compreensão exata do que seja a *justa causa* para a instauração da ação penal, nos novos termos pretendidos pelo autor do anteprojeto: “O legítimo interesse é a causa do pedido, como explica e demonstra Tullio Delogu. Ausente o interesse de agir falta justa causa para a propositura da ação penal”.<sup>172</sup>

Observa Marcelo Fontes Barbosa que há inequívoca ampliação do conceito de “justa causa” no exato instante em que esta é identificada com o *fumus boni iuris* e, por isso, caso fosse a matéria convertida em texto legal, vários institutos processuais penais iriam sofrer reformulação, como, por exemplo, a consagração do princípio da oportunidade da ação penal pública, em detrimento do princípio da obrigatoriedade vigente hoje.<sup>173</sup>

A dificuldade em conceituar *justa causa* pode ter surgido em razão do CPP ter empregado a expressão quando disciplinou o *habeas corpus*, no art. 647, inciso I, com a conotação de abuso de direito.

Todavia, *justa causa* é bem mais que abuso de direito e, na visão do então novo projeto, sem dúvida, identificava-se com as condições da ação, a saber: crime em tese, punibilidade deste e legitimidade para a causa.<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> BATISTA, Weber Martins, **Direito Penal e Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 148.

<sup>171</sup> BARBOSA, Marcelo Fortes. A Justa Causa e o Recebimento da Denúncia no Anteprojeto do Código de Processo Penal. *Justitia*, v. 34, n. 78, jul./set 72, p. 61-70.

<sup>172</sup> FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2000, p. 472, v. 2.

<sup>173</sup> BARBOSA, Marcelo Fortes. *Op. cit.*, p. 68.

<sup>174</sup> GOMES DA CRUZ, José Raimundo. Justa Causa e Abuso de Poder referentes à Propositura da Ação Penal. *Justitia*, São Paulo: v. 58, abr./jun. 1967, p. 54-71.

### 3.3.3 Alterações no Anteprojeto, pelo Poder Executivo - 1975

Tendo em vista as modificações operadas pelo Código Penal de 1969, então em *vacatio legis*, e pela Lei n.º 6.016, de 31 de dezembro de 1973, o Anteprojeto Frederico Marques foi revisto e novo Projeto de Código remetido, em 1975, pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, tramitando sob o n.º 633/75.<sup>175</sup>

A previsão original, contida no art. 10, passou a ser assim redigida: “Não será admitida ação penal pública ou privada sem justa causa” (art. 8º), estabelecendo o parágrafo único que “a acusação que não tiver fundamento razoável, nem revelar legítimo interesse, será rejeitada de plano por ausência de justa causa”.

Sérgio Demoro Hamilton, citado por Maria Thereza Moura, analisando o referido Projeto, constatou que:

A indagação a respeito do que, no exame do caso concreto, venha a ser ‘fundamento razoável’ constitui matéria ligada ao mérito da ação penal, tal como vem sendo entendido pela doutrina e reconhecido pela jurisprudência; já no que respeita ao ‘legítimo interesse’, a noção de justa causa apresenta-se, no Projeto, desvinculada do mérito.<sup>176</sup>

E conclui, ao final:

O ‘interesse de agir’, para o ilustre Autor do Anteprojeto, está vinculado ao suporte probatório da acusação, ou seja, de no limiar da ação vislumbre o Juiz que o pedido traz aspecto de idoneidade.<sup>177</sup>

A Emenda de Plenário n.º 8 ao Projeto n.º 633/75 alterou o seu art. 8.º, passando a estabelecer que “não será admitida ação penal pública ou privada sem a prova da existência do crime e indícios veementes de autoria”. O texto foi aprovado,

<sup>175</sup> Pela comissão constituída pelos Professores José Carlos Moreira Alves, Benjamin de Moraes Filho e José Salgado Martins, depois integrada por Hélio Tornaghi, em substituição a Salgado Martins, que veio a falecer.

<sup>176</sup> HAMILTON, Sérgio Demoro. Justa Causa: conceito polêmico, in Revista de Direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro 5/95-96, jan.-jan. 1977, *apud* MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa para a Ação Penal**. São Paulo: RT, 2001, p. 129.

<sup>177</sup> HAMILTON, Sérgio Demoro. *Idem, ibidem*, p. 129.

com diversas emendas, pela Câmara dos Deputados, e depois remetido ao Senado, recebendo a denominação PLC 5/78.

O PLC n.º 5/78, porém, não chegou a ser votado no Senado Federal. Estava em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça quando foi retirado do Congresso Nacional para reexame, em 1978, a fim de ser compatibilizado com o Código Penal de 1940, uma vez que o Decreto-Lei n.º 1.004/69, ainda em *vacatio legis*, que instituíra novo Código Penal e para o qual o Anteprojeto havia sido adaptado, fora revogado pela Lei n.º 6.578, de 11 de outubro de 1978.

A doutrina, porém, e mesmo os debates dos legisladores, criticaram a incoerência no trato da *justa causa*: ora o uso do termo foi criticado por ser demasiadamente amplo e atécnico; ora pugnou-se pelo seu emprego, sob o enfoque de que sua supressão, da forma como feita, restringia o exercício da ação penal.

Maria Thereza Moura explica: a retirada do termo “justa causa” para a inclusão da determinação “sem a prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria”, restringia, abusiva e indevidamente, o exercício da ação penal em evidente prejuízo para a acusação, seja ela privada, seja estatal, resvalando para o perigoso terreno da impunidade, já que dificultaria sobremaneira o exercício da ação penal. Questionava-se que não se poderia, através de um mero inquérito policial, apurar, sem sombra de dúvida, a existência de um crime, bem como praticamente provar sua autoria. Ademais, o Projeto era incoerente, porque, ao tratar da decisão de pronúncia, dispunha que esta seria proferida após a instrução da causa, quando houvesse fundamento razoável para a acusação, exigindo, porém, para a propositura da ação, vale dizer, antes de qualquer produção de prova judicial, prova da existência do crime e indícios veementes da autoria.<sup>178</sup>

### **3.3.4 Anteprojeto do Ministério da Justiça - 1981**

Em 1981, foi apresentado novo Anteprojeto pelo Ministério da Justiça, desta feita elaborado por comissão de juristas constituída pelo referido órgão, que tomou

---

<sup>178</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa para a Ação Penal**. São Paulo: RT, 2001, p. 130.

por base o trabalho elaborado em 1970 por José Frederico Marques, revisto em 1975 e, depois, em 1977, pela Câmara dos Deputados.<sup>179</sup>

No concernente à ação penal, estabeleceu, no art. 9.º, que “não será admitida ação penal pública ou privada sem a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”, dispondo o parágrafo único que “a acusação que não tiver fundamento razoável nem revelar legítimo interesse, será rejeitada de plano por ausência de justa causa”.<sup>180</sup>

O texto do Anteprojeto, uma vez revisto (por comissão formada pelos Professores José Frederico Marques, Rogério Lauria Tucci e Jorge Alberto Romeiro), transformou-se no Projeto de Lei n.º 1.655, de 1983.

A Exposição de Motivos daquele Projeto reportou-se aos ensinamentos de José Frederico Marques para estabelecer “a imprescindibilidade do ‘fundamento razoável’, bem como do ‘legítimo interesse’, como requisitos de justa causa, sem a qual não pode prosperar a acusação”, situando, pois, a justa causa como uma das condições da ação, nos termos que fora acolhido desde o texto original do Anteprojeto apresentado pelo Professor José Frederico Marques, ainda em 1970.

Este projeto nunca foi votado definitivamente.

### **3.3.5 Projeto de Lei n° 4.895/95**

Em 1995, o Poder Executivo apresenta o Projeto de Lei n.º 4.895/95, que integrava o conjunto de propostas – formado por 17 anteprojeto, publicados no DOU de 16 de março de 1994, do que resultou a apresentação de 10 projetos de lei, em dezembro de 1994 – de reforma processual penal que, de acordo com a

---

<sup>179</sup> Composta pelos Professores Rogério Lauria Tucci, Francisco de Assis Toledo e Hélio Fonseca. A Comissão contou com a colaboração dos Professores Manoel Pedro Pimentel, Miguel Reale Júnior, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Ricardo Antunes Andreucci, além do Ministério Público do Estado de São Paulo, da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul e da Seção da Ordem dos Advogados do Brasil deste estado.

<sup>180</sup> Ou seja, substituiu-se, no *caput*, a expressão “indícios *veementes*” de autoria por “indícios *suficientes*” de autoria, restando inalterado o parágrafo único.

Exposição de Motivos, tinha como sentido principal conferir maior modernidade, celeridade, racionalidade e eficácia ao Código de Processo Penal.

O Projeto, contudo, foi retirado do Congresso Nacional, para estudos, em maio de 1996.

As alterações sugeridas por este Anteprojeto não determinavam, expressamente, a necessidade de fundamentação do ato judicial de recebimento da denúncia. Previa que “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I. Manifestamente inepta, ou faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; II. Não houver justa causa para a acusação; e III. O Juiz considerar plenamente comprovada a defesa e absolver sumariamente o acusado”, como constava da redação do art. 396 do referido Anteprojeto.

Ora, este entendimento, o da necessidade de fundamentação do juízo de prelibação – como, aliás, é extraído do texto em vigor e das propostas apresentadas – é perfeitamente inferido na interpretação a *contrario sensu*, não devendo ser admitida a hipótese de haver uma fundamentação implícita, ou seja, se foi recebida a denúncia é porque estão presentes os seus requisitos, eis que se trata de ato judicial que implica escolha do Juiz e, mais que isso, traz conseqüências indesejáveis e graves ao denunciado.

### **3.3.6 Anteprojeto do Ministério da Justiça - 2000**

Até aqui, viu-se que as projeções legislativas, visando a alterar o ordenamento processual vigente, discorreram sobre os requisitos para a denúncia ou a queixa, similarmente ao que faz o art. 43 do atual CPP, determinando a rejeição da inicial acusatória quando não observar os requisitos legais.

Nenhum deles, porém, determinou a natureza jurídica do juízo de recebimento da denúncia; ou, expressamente, que este fosse fundamentado; ou estabeleceu uma defesa preliminar a ele; ou previu recurso específico dele.

Isto não se repetiu com os anteprojetos que ora serão analisados.

Em 20 de janeiro de 2000, o Ministro da Justiça, José Carlos Dias, baixou a Portaria n.º 61 constituindo a seguinte comissão para apresentar propostas visando à reforma do Código de Processo Penal: Ada Pellegrini Grinover, presidente; Petrônio Calmon Filho, secretário; Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (substituído por Rui Stoco), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. De acordo com a mencionada portaria, a comissão deveria apreciar os projetos apresentados pelo Ministério da Justiça em 1994, devendo as propostas ser amplamente divulgadas, para recebimento de sugestões da sociedade.

Dos onze projetos iniciais analisados, foram entregues, em dezembro de 2000, ao Ministério da Justiça, sete anteprojetos. Destes, interessa a este trabalho os relativos às formas procedimentais e aos recursos.

O Anteprojeto que trata das formas procedimentais (dentre outros assuntos) transformou-se no Projeto de Lei n.º 4.207, de 12 de março de 2001, estando em tramitação na Câmara dos Deputados, tendo sido aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação (CCJR) em 15 de março de 2002 e ido a Plenário em 24 de abril de 2002, sendo adiada a discussão em razão do encerramento da sessão. Até hoje, não foi colocada novamente na ordem do dia, mas está pronta para a pauta. Quando da aprovação pela CCJR, o Deputado Federal Luiz Antônio Fleury Filho, oriundo do Ministério Público paulista, apresentou voto em separado criticando a alteração legislativa que pretendia instituir a fase preliminar.

Já o Anteprojeto tratando sobre os recursos transformou-se no Projeto de Lei n.º 4.206, de mesma data e com idêntica tramitação e situação atual. Inclusive, também recebeu voto em separado do mesmo parlamentar, desta feita criticando a previsão de recurso exatamente para a decisão judicial de recebimento da denúncia.

As argumentações deste parlamentar e os textos originais destes importantes projetos de lei, além das exposições de motivos apresentadas pelo Ministério da Justiça, compõem os Anexos deste trabalho.

No primeiro projeto que nos interessa, o de n.º 4.207, foi previsto, no art. 395 e parágrafos, uma “defesa preliminar”, oportunizada ao imputado após o oferecimento da denúncia ou da queixa, onde este poderá argüir preliminares e

alegar tudo o que interesse à sua defesa. Para tanto, poderá oferecer justificações, juntar documentos, especificar provas e arrolar testemunhas.

Se entender imprescindível, o Juiz poderá determinar diligências no sentido de esclarecer algum ponto levantado pela defesa, inclusive ouvir testemunhas, não sem antes ouvir o Ministério Público, ou o querelante, sobre as preliminares e os documentos juntados.

Esta resposta escrita – ao menos formalmente – tem caráter de dever processual, visto que, na falta de sua apresentação no prazo legal, deve o Juiz nomear defensor dativo para oferecê-la.

Mantém o projeto a imperfeição técnica, conceitual, determinando que o réu, após o oferecimento da denúncia, será “citado” para responder à acusação<sup>181</sup>.

Continua inovando o projeto: no caput do art. 396 prevê, expressamente, que: “o juiz, *fundamentadamente*, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa” (sem grifo no original). Logo, não haverá mais como driblar-se a regra constitucional da motivação das decisões.

No parágrafo único do mesmo art. 396, previu-se a rejeição da denúncia ou queixa, quando: “I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; III – faltar justa causa para o exercício da ação”<sup>182</sup>.

O art. 397 avança, ao prever que: “considerando plenamente comprovada a improcedência da acusação ou a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade, o juiz absolverá sumariamente o acusado, facultado às partes a prévia produção de provas”.

O Projeto n.º 4.207/01, pois, admite que, conforme a prova plena oferecida pela defesa preliminar do imputado, poderá este ser absolvido *ab initio*, porquanto o Juiz, ao exercer um controle jurisdicional de admissibilidade do mérito da denúncia, preferirá uma sentença terminativa de mérito.

---

<sup>181</sup> Sobre a diferença do conceito destes atos processuais, ver nota de rodapé n. 163. A novel Lei de Tóxicos, n.º 11.343/06, como já visto, corrigiu esta imperfeição.

<sup>182</sup> Verifica-se que a justa causa foi tratada, aqui, separada das condições da ação.

Já no tocante aos recursos, o assunto foi tratado nos dois projetos citados: no 4.207 – ora em estudo - e no de n.º 4.206 (específico para recursos, que se verá).

A inovação ocorreu na previsão, pelo art. 583, I, do Projeto de Lei n.º 4.206, de recurso específico para os casos de recebimento da denúncia ou rejeição parcial da denúncia: o *agravo* de instrumento, em dez dias, podendo o Juiz atribuir a este agravo também o efeito suspensivo.

Esta espécie recursal processual penal, o agravo, vem substituir o recurso em sentido estrito. Mantém, dentre outras características, o juízo de retratação. Espera-se que diminua, pois, o uso do remédio heróico do *habeas corpus*.

O mesmo Projeto de Lei (n.º 4.206/01) prevê que caberá apelação de sentença. Sentença, segundo o § 1º do art. 581 do citado projeto de lei, “é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito”.

Só por isto já se conclui que a rejeição completa da denúncia, sendo uma decisão que põe termo ao processo, seria apelável.

Porém, para que não reste dúvidas, o projeto que tratou dos procedimentos, o n.º 4.207/01, previu expressamente o recurso de apelação da decisão que rejeitar a denúncia ou queixa ou da sentença de absolvição sumária (art. 398).

Portanto, vê-se que as reformas processuais em curso no Congresso Nacional, desde o ano de 2001, atenderia aos reclamos aqui apontados e traria a necessária observância aos direitos fundamentais do imputado, ao garantir-lhe:

- uma fase intermediária, para a defesa preliminar;
- a possibilidade de absolvição sumária;
- a fundamentação da decisão de recebimento da denúncia;
- recurso para a decisão de recebimento da denúncia.

## 4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ESPÉCIE

Os princípios podem ser definidos como a base, o fundamento, a origem, a razão fundamental sobre a qual se discorre sobre qualquer matéria.<sup>183</sup>

Nesta esteira, a expressão “princípio geral” constitui um pleonasmo, uma vez que a generalidade e a universalidade são ínsitas aos princípios. Trata-se de proposições mais abstratas que dão razão ou servem de base e fundamento ao Direito. Traduz-se em um enunciado amplo, que permite solucionar um problema e orienta um comportamento resolvido num esquema abstrato por meio de um procedimento de redução a uma unidade da multiplicidade de fatos que oferece a vida real. São normas que têm uma estrutura deôntica, uma vez que estabelecem juízos de dever-ser.<sup>184 - 185</sup>

Conjugando-se os princípios em questão, reforça-se a idéia inicial de que a jurisprudência brasileira majoritária age em completo desalinho com os ditames constitucionais ao considerar desnecessário fundamentar o despacho de recebimento da denúncia.

Não se olvide que, como já demonstrado, além de ferir os princípios norteadores apontados, a construção jurisprudencial contraria dispositivo expresso da Constituição Federal, insculpido no art. 93, inciso IX, primeira parte, que prescreve deverem ser fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário, sob pena de nulidade, como se verá alhures.

---

<sup>183</sup> Sobre princípios e direitos fundamentais, ver ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>184</sup> ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, Joaquim. **Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional**. Madrid: Civitas, 1990, p. 63.

<sup>185</sup> Não obstante a douta lição do mestre espanhol, cremos que a expressão “princípio geral” é correta, pois contrapõe-se à expressão “princípio específico”, aquela reservada aos princípios aplicáveis a todo o Direito (ou a um grande ramo, como todo o Direito Privado) e esta para ramos específicos, como o processo penal.

#### 4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O Direito Penal erige-se defensor máximo dos valores mais essenciais da sociedade. Tanto é assim que, modernamente, ele está norteado pelo princípio da intervenção mínima, segundo o qual, somente deve haver intervenção do Direito Penal nos casos de prejuízos graves ocasionados aos bens jurídicos mais relevantes. A utilização do Direito Penal quando outros procedimentos seriam suficientes para restaurar a ordem jurídica não dispõe de legitimação da necessidade social, produzindo efeitos que contrariam os próprios objetivos do direito.<sup>186</sup>

O processo penal é o único instrumento por meio do qual é possível determinar se um fato é ou não delitivo e se o acusado participou de sua produção; os valores do Direito Penal realizam-se, pois, somente por meio do processo e assim delimita-se a principal função desse.

Cuida-se de princípio inerente ao processo penal moderno o respeito à dignidade do réu ou investigado, garantindo-se-lhe todos os direitos assegurados na Constituição Federal, na busca pela obtenção da verdade real ou autêntica.

Desde o século XVIII, com os movimentos iluministas e humanistas da Europa, o processo penal tem evoluído de forma a garantir os direitos humanos assegurados nas constituições dos Estados, dentre os quais, pode-se ressaltar, o direito à integridade física, o direito a um devido processo legal e o direito ao reconhecimento do princípio da dignidade humana. Isso, sem falar na consagração do princípio da humanidade, de índole penal, e que punha fim às penas degradantes.<sup>187</sup>

Impôs-se, desde então, uma trajetória extremamente necessária de pensar o processo penal a partir dos direitos fundamentais consagrados na Carta Política,

---

<sup>186</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 85 a 87.

<sup>187</sup> LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 32.

principalmente considerando que o indivíduo não é o mero objeto do processo penal – da forma como foi e ainda é concebido o processo hoje.

Já no século XX, tratados internacionais foram celebrados reforçando a preocupação com a universalidade dos direitos humanos, ao introduzir princípios a serem adotados posteriormente nos ordenamentos internos dos países signatários. É exemplo disso a presunção de inocência - já reconhecida como tal na Declaração dos Direitos Humanos de 1789.

Contudo, a função do processo penal não pode ser reduzida unicamente à aplicação do Direito Penal, pela simples razão de que também tem por escopo declarar a liberdade do cidadão inocente. Logo, pode o processo penal tanto aplicar o *jus puniendi* como o direito fundamental da liberdade; ambos os direitos são assegurados em sede constitucional – um, ao Estado e outro, ao cidadão – porém este prefere àquele, por ser de valor superior<sup>188</sup>.

Considerando-se que é medida de exceção – aplicada quando outro mecanismo não for suficiente para satisfazer a sociedade – o processo penal, por obediência constitucional, deverá ser conduzido de forma a, humana e juridicamente, produzir o menor sacrifício ao acusado.

Tornar-se sujeito passivo de uma ação penal pode marcar de modo irreversível a vida de uma pessoa. É preciso rememorar a lapidar lição de Ada Grinover quando diz que “o processo não é apenas um instrumento técnico, mas sobretudo ético”.<sup>189</sup>

Por isso, processualistas penais espanhóis afirmam categoricamente que somente se recebe a denúncia, dando início ao *juicio oral*, quando há elementos seguros de prova de que o acusado é o provável autor do fato, sob pena de, em assim não procedendo, submeter o réu à chamada *pena de banquillo*, entendida como o constrangimento desnecessário e desumano de uma pessoa ao estrépito de uma ação penal.<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> RUIZ VADILLO, Enrique. **El Derecho Penal Sustantivo y el Proceso Penal** – Garantías Constitucionales Básicas en la Realización de la Justicia. Madrid: Colex, 1997, p. 64.

<sup>189</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 5.

<sup>190</sup> RUIZ VADILLO, Enrique. **Op. cit.**, p. 79.

O ordenamento jurídico infraconstitucional não pode permitir abusos que violem princípios consagrados na Carta Magna. Desse modo, constranger uma pessoa a defender-se até o fim de uma ação penal, sem indícios suficientes de que seja a autora do crime, é atentar contra a dignidade tutelada em sede constitucional. Nesse passo, é importante recordar a lição de Jorge Miranda quando afirma que a pessoa é fundamento e fim da sociedade e do Estado, e que a dignidade da pessoa “é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstrato”.<sup>191</sup>

É preciso, pois, tornar efetivos os princípios constitucionais, aplicando-os no processo penal. O processo penal somente tem sentido se assegurar a efetivação da justiça e esta apenas existirá se houver respeito ao indivíduo. O Juiz, frise-se mais uma vez, não pode ser omissivo diante da violação de um princípio constitucional e deve, numa interpretação sistemática, fundamentar o despacho que decide pelo recebimento da denúncia, a fim de evitar que o cidadão denunciado de forma indevida passe pelo constrangimento de responder a uma ação penal.

É lapidar, quanto a este tema, a lição de Weber Batista:

Para condenar, que se esgotem todas as oportunidades de defesa; mas, para absolver, que se faça tão logo haja certeza plena. O interesse social na punição dos criminosos, um dos dois valores mais essenciais diante dos quais se move o processo, não sofre com a demora, se esta tende à certeza de culpa; *mas cada dia a mais de inútil coação processual constitui punição injusta do inocente.* (grifamos).<sup>192</sup>

## 4.2 Princípio do devido processo legal

O princípio inserto no art. 5.º, inciso LIV, da Constituição Federal, conhecido como *due process of law*, assegura à pessoa o direito de não ser privada de sua

---

<sup>191</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** – Direitos Fundamentais. 2. ed. t. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 169.

<sup>192</sup> BATISTA, Weber Martins. **Direito Penal e Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 157.

liberdade e de seus bens sem a garantia de um processo estabelecido por lei.<sup>193</sup> A regra estabelece-se não apenas em benefício das partes, mas também como garantia do correto exercício da função jurisdicional.<sup>194</sup> A jurisprudência firmou convicção de que o princípio em tela deve ser aplicado não apenas a processos judiciais civis e criminais, mas também aos administrativos (RSTJ 8/55), como, aliás, é a expressa literalidade do citado dispositivo constitucional.

Esse princípio é considerado o alicerce de todos os demais princípios processuais constitucionais e se fundamenta no trinômio vida-liberdade-propriedade.<sup>195</sup> Em respeito à liberdade significa, entre outras coisas, o direito de ir e vir. Logo, se alguém sofre a constrição de figurar indevidamente no pólo passivo de uma ação penal, não está recebendo a garantia constitucional de um devido processo legal.

Nesta esteira, o devido processo legal assim ficou disposto na Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Desta feita, estando em jogo a liberdade e os bens de qualquer pessoa – “bens” empregado no sentido amplo, como “situação de vantagem integrante do patrimônio jurídico do sujeito de direito” –, a referida garantia opera garantindo a lisura da disputa.<sup>196</sup>

Além disso, consoante doutrina Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

No fundo, a garantia do devido processo legal constitui a expressão constitucional do formalismo processual; o informalismo excessivo (em que as partes perigam soçobrar ao arbítrio e ao poder do Estado) e o excesso de formalismo (em que o conteúdo – o direito material e a justiça – corre o risco de periclitir por razões de forma) estabelecem os seus limites externos.<sup>197</sup>

Nesta senda, do princípio do devido processo legal derivam os princípios do contraditório e da ampla defesa, de maneira que Nelson Nery Junior chega a dizer, e

<sup>193</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 57, v. 1.

<sup>194</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Recursos no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1996, p. 20.

<sup>195</sup> DINIZ, José Janguê Bezerra. Princípios Constitucionais do Processo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: n. 739, v. 86, mai. 1997, p. 731-749.

<sup>196</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86.

<sup>197</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Op. cit.*, p. 86.

com razão, que “em nosso parecer, bastaria a Norma Constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa”.<sup>198</sup>

Humberto Ávila, em construção inovadora, demonstra em poucas linhas o valor do devido processo legal e sua inter-relação com o contraditório e a ampla defesa. Adverte o autor, de início, que os princípios possuem “aptidão para produzir efeitos em diferentes níveis e função”, a que o autor dá o nome de “função eficaz”.

Começa ele pela eficácia interna e direta, ou seja, “atuação sem intermediação ou interposição de um outro (sub)princípio ou regra”. Exemplifica com um caso em que inexistia previsão legal de prazo para falar nos autos, porém tal afigura-se necessário; com efeito, diante da necessidade imperiosa de tal prazo, entra em cena o princípio do devido processo legal, o qual irá garantir sua abertura.

Em seguida vem a eficácia interna indireta exercida pelos princípios, que seria aquela em que, para atuação, haveria necessidade de “intermediação ou interposição de um outro (sub)princípio ou regra”.

Uma das funções que mais de perto interessa ao trabalho é a função *interpretativa* exercida pelo princípio do devido processo legal, que “impõe a interpretação das regras que garantem a citação e a defesa, de modo a garantir protetividade aos interesses do cidadão”.

A outra função é a *bloqueadora*, no sentido de que, em havendo uma norma que prevê um prazo insuficiente “para garantir efetiva protetividade aos direitos do cidadão”, o devido processo legal impõe seu alargamento.

Por fim, uma das funções mais importantes que o sobreprincípio do devido processo legal exerce é a *rearticuladora*.<sup>199</sup>

O autor traz à baila a seguinte argumentação para justificar seu posicionamento:

---

<sup>198</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 60.

<sup>199</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 78-80

Por exemplo, o sobreprincípio do devido processo legal permite o relacionamento entre os subprincípios da ampla defesa e do contraditório com as regras de citação, de intimação, do Juiz natural e da apresentação de provas, de tal sorte que cada elemento, pela relação que passa a ter com os demais em razão do sobreprincípio, recebe um significado novo, diverso daquele que teria caso fosse interpretado isoladamente.<sup>200</sup>

Depois do exposto, mister é trazer à baila, com foco na mais autorizada doutrina, os dois princípios aqui debatidos: o contraditório e a ampla defesa.

### 4.3 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

Pela redação do artigo 5.<sup>o</sup>, LV, da Constituição Federal de 1988, fica evidente que o princípio do contraditório e da ampla defesa é de cumprimento obrigatório somente nos processos judiciais e administrativos, pois nesses é que se observa a existência de uma relação dialética de acusador e acusado ou de litigantes.

Daí por que não se fala na incidência do princípio durante o inquérito policial, uma vez que se trata de procedimento (e não processo) administrativo, desprovido de qualquer litígio, resumindo-se a um método de investigação levado adiante pela Polícia Judiciária.<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 80.

<sup>201</sup> Historicamente, no processo inquisitivo, bastava apenas o inquisidor para a realização completa do Direito Penal. Este reunia todo o poder para a realização da lei penal e o fazia de ofício, sem necessidade alguma de provocação externa. Não havia necessidade de um acusador, vez que não existia defesa, já que a decisão era tomada sem debate prévio. Nessas vias históricas, em que se digladiou o processo em inquisitivo ou acusatório, sobreleva a etapa da investigação, cuja natureza jurídica também constitui objeto de divergência doutrinária. Quando essa fase é dirigida por órgão não judicial, considera-se a atividade como administrativa, qualificada como mero procedimento. Neste caso, a articulação é unilateral, não rendendo ensejo ao postulado processual contraditório. Quando, entretanto, essa instrução é presidida por órgão judicial, tem-se a sua natureza como de cunho jurisdicional (BORGES, Edinaldo de Holanda. **O Sistema Processual Acusatório e o Juizado de Instrução**. Disponível em: <[http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/2camara/informat/Inf\\_01\\_Out.htm](http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/2camara/informat/Inf_01_Out.htm)>. Acesso em 25 fev. 2006.

Ocorre, todavia, que muito embora não se fale na incidência do princípio durante o inquérito policial, é possível visualizar alguns atos típicos de contraditório, os quais não afetam a natureza inquisitiva do procedimento, como, por exemplo, o interrogatório policial e a nota de culpa durante a lavratura do auto de prisão em flagrante.<sup>202</sup>

#### **4.3.1 Contraditório**

O princípio do contraditório tem sua sede de expressão no provérbio romano do *audiatur et altera pars*, segundo o qual a parte contrária também deve ser ouvida.

Considerado por muitos o mais importante princípio do sistema acusatório (separação orgânica entre o órgão acusador, o julgador e o defensor), também conhecido pelo nome de “princípio da bilateralidade da audiência”, consiste, em resumo, na possibilidade de as partes, em igualdade de condições, praticarem todos os atos tendentes a influir no convencimento do Juiz. Atinge, também, a necessidade de cientificação da parte contrária dos atos praticados por uma delas;

---

<sup>202</sup> Importa frisar que a Lei n.º 10.792, de 1.º de dezembro de 2003, deu nova redação ao artigo 185 e seguintes do Código de Processo Penal, que tratam do interrogatório judicial. Dentre as inovações, merece particular destaque o artigo 188, que prevê a possibilidade das partes intervirem no interrogatório, formulando perguntas que entenderem pertinentes e relevantes. Tal novidade pacífica antiga discussão em torno da natureza jurídica do interrogatório e consagra o seu caráter híbrido ou misto, seja por constituir um meio de defesa, seja por implicar igualmente meio de prova. É meio de defesa em razão da possibilidade do réu dar a sua versão a respeito da acusação, e é meio de prova, não somente porque seu conteúdo pode influenciar o Juiz na formação da sua convicção, mas principalmente por se tratar de um ato contraditório, com a participação das partes. Mas a nova configuração do interrogatório trouxe também alguns questionamentos. O primeiro deles refere-se à ordem de reperguntas das partes. Há duas opiniões a respeito. Segundo alguns, diante da omissão legal, prevalece a dialética do processo, e, portanto, primeiro pergunta a acusação, e depois, a defesa. Já para outros, como o interrogatório constitui prova da defesa, então, primeiro pergunta a defesa, e depois, a acusação. O segundo questionamento refere-se à aplicação ou não deste formato do interrogatório judicial ao interrogatório policial, uma vez que o artigo 6.º, V, do Código de Processo Penal, faz expressa remissão ao artigo 185 e seguintes. Porém, o citado dispositivo consigna expressamente que as disposições do interrogatório judicial somente incidirão no interrogatório policial “no que for aplicável”. Em assim sendo, considerando que no interrogatório policial não existe uma relação dialética entre acusador e acusado, não há que se falar em perguntas das partes.

por isso é chamado, pelos doutos, como o princípio que consagra o binômio ciência-participação.

Nesse passo, importa lembrar que, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco, o próprio processo é caracterizado por ser um procedimento em contraditório.<sup>203</sup>

O contraditório, para Antonio Scarance Fernandes, é instrumento ou meio processual para a reação defensiva, mas não constitui certeza de reação eficiente. Isto porque ele pode ser observado e, ainda assim, faltar defesa real e efetiva se o defensor do réu atua de modo insuficiente, apesar de ter tido ciência dos atos da acusação e ser-lhe dada oportunidade de contrariá-los.<sup>204</sup>

Germano Marques da Silva assenta que, com efeito:

Este princípio traduz-se na estruturação da audiência em termos de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa. Cada um destes sujeitos é chamado a aduzir suas razões de fato e de direito, a oferecer as suas provas, a controlar as provas contra si oferecidas e a discrepar sobre o resultado de umas e outras.<sup>205</sup>

O contraditório, assegurado em sede constitucional no mesmo dispositivo normativo que garante a ampla defesa, é tido como um instrumento técnico por meio do qual se torna possível efetivar a ampla defesa no processo penal. Não ocorre, entretanto, primazia entre a defesa e o contraditório, visto que ambos são manifestações da garantia genérica do devido processo legal.<sup>206</sup>

Destaca Daniel Mitidiero ser o contraditório um elemento fundamental para o processo, cuja função é a de legitimar o Poder Judiciário “num autêntico ambiente democrático”.<sup>207</sup>

<sup>203</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 152. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 112.

<sup>204</sup> SCARANACE FERNANDES, Antonio. **A Reação Defensiva à Imputação**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

<sup>205</sup> SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. Lisboa: Verbo, 1994, p. 68. v. 1.

<sup>206</sup> SCARANACE FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 266-267.

<sup>207</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil** (art. 1º a 153). São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 24. t.2.

O princípio do contraditório compreende, em suma, o direito de acusação e defesa participarem no convencimento do Juiz, a partir da sustentação de suas razões e da produção de provas, bem como da ciência que ambos devem ter dos atos processuais realizados pelo Juiz e pela parte contrária.

A fim de garantir o equilíbrio de forças entre acusação e defesa, é fundamental que o contraditório seja pleno e efetivo, assegurando às partes – Ministério Público e acusado - um tratamento igualitário, garantindo-se a paridade de armas no processo penal. Daí decorre o princípio da igualdade das partes, segundo o qual se exige o mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo.

Ressalte-se, entretanto, que a acusação é exercida por uma instituição oficial forte, bem preparada, com todo um aparelhamento estatal de apoio, tendo o acusado, via de regra, somente o auxílio de seu advogado. Ademais, no processo penal, a própria garantia individual da liberdade de ir e vir do indivíduo encontra-se ameaçada. Por assim ser, entende Tourinho Filho que no conflito entre o *jus puniendi* estatal e *jus libertatis* do réu, este deve ser favorecido, não havendo, no particular, ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Aliás, o tratamento diferenciado no processo penal em favor da defesa encontra respaldo nos consagrados princípios do *in dubio pro reo e favor rei*.<sup>208</sup>

Sobre o tema, merecem transcrição as palavras do renomado Antônio Scarance Fernandes que esclarece:

Mas quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas.<sup>209</sup>

Dito isto, impende afirmar, então, que o contraditório representa uma garantia para as partes que compõem a relação jurídico-processual, na medida em que a

---

<sup>208</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 41-42. v. 1.

<sup>209</sup> FERNANDES SCARANCE, Antônio. **A Reação Defensiva à Imputação**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 49.

decisão do magistrado somente poderá dar-se com esteio nas provas produzidas. Assim é o contraditório, ou seja, “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los é a alma do devido processo legal. Sem ele inexistente o processo”.<sup>210</sup>

Não é outra a cátedra de Jorge de Figueiredo Dias:

O princípio do contraditório opõe-se, decerto, a uma estrutura puramente inquisitória do processo penal, em que o Juiz pudesse proferir a decisão sem previamente ter confrontado o argüido com as provas que contra ele houvesse recolhido – ou sem lhe ter dado em geral, qualquer possibilidade de contestação da acusação contra ele formulada.<sup>211</sup>

Encerrando a questão, as sábias palavras de Heráclito Antônio Mossin, para quem:

A democracia jurídica que deve presidir qualquer processo, principalmente o penal, como instrumento aplicador do direito material que lhe é afim, não pode deixar à margem tão importante princípio, cuja ligação com o sistema acusatório é incindível.<sup>212</sup>

#### **4.3.2 Ampla Defesa**

Em épocas remotas, formas rudimentares de processo e, conseqüentemente, de defesa, foram desenvolvidas para evitar a solução de litígios por intermédio da força física, e nessa evolução, como bem anota Antonio Scarance Fernandes,

---

<sup>210</sup> ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.

<sup>211</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 149. v. 1.

<sup>212</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 48.

“revela-se um direito inato do ser humano, o direito de, quando acusado, ser ouvido”.<sup>213</sup>

Assim é que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14, 3, “d”, assegura a toda pessoa acusada de infração penal o direito de se defender pessoalmente e por meio de um defensor constituído ou nomeado pela Justiça, quando lhe faltar recursos suficientes para contratar algum, garantia repetida no comando do inciso LV do artigo 2.º da *Lex Maxima* brasileira.

Neste particular, esclarece Rogério Lauria Tucci que a ampla defesa, “considerada, universalmente, como um postulado ‘eterno’, e após ser consagrada em nosso ordenamento jurídico, em nível constitucional, na Carta Magna de 1946”, foi sensivelmente ampliada na Constituição Federal de 1988.<sup>214</sup>

Este princípio implica no dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, pessoal e/ou técnica, e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

Vicente Greco Filho afirma que a ampla defesa é constituída a partir dos seguintes fundamentos:

- a) ter conhecimento claro da imputação;
- b) poder apresentar alegações contra a acusação;
- c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova;
- d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art. 133 da Constituição Federal de 1988);
- e) poder recorrer da decisão desfavorável.<sup>215</sup>

Pode-se dizer, então, que a ampla defesa é o cerne ao redor do qual se desenvolve o processo penal.

---

<sup>213</sup> SCARANCA FERNANDES, Antonio. **A Reação Defensiva à Imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48-49.

<sup>214</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174-175.

<sup>215</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 34.

A Carta Magna estabelece, neste sentido, no artigo 5.º, inciso LV, o princípio da ampla defesa, mediante o qual assegura ao acusado a mais completa defesa, tanto pessoal quanto técnica.<sup>216</sup>

Entende a doutrina, também, que o direito à mais ampla defesa induz a realização de um processo penal célere, considerando que enquanto durar a ação o réu fica submetido aos ônus inerentes ao processo, os quais já foram citados. Não por acaso a alteração no texto do art. 5.º pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentando-lhe o inciso LXXVIII que estabelece ser a todos, no âmbito judicial e administrativo, assegurado a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nos últimos anos, tem sido possível notar larga influência do preceito constitucional da ampla defesa no processo penal, como atestam alguns exemplos que se seguirão. Falta, contudo, abarcar também o ato de recebimento da denúncia.

Assim, passou a jurisprudência a entender necessária a intimação dos advogados para os fins dos arts. 499 e 500 do Código de Processo Penal<sup>217</sup>, apesar de o art. 501 prever que os prazos para a realização destes atos corriam em cartório. Considerou-se que, para a garantia da ampla defesa, o profissional constituído pelo réu deve ser sempre intimado para a realização de todos os atos processuais. Não tem sentido impor à defesa que monte verdadeiro plantão no cartório no aguardo da devolução dos autos pelo Ministério Público, para então requerer as diligências do art. 499 ou formular as alegações do art. 500 do CPP. É verdade que, em face da alteração produzida pela Lei n.º 9.271/96, os advogados passaram a ser intimados mediante publicação no Diário Oficial. Os prazos não correm em cartório, mas a partir desta intimação. No que se refere ao prazo do art. 499, por ser muito exíguo, de apenas vinte e quatro horas, a intimação pela

---

<sup>216</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45, v. 1.

<sup>217</sup> Neste sentido manifestou-se o STF no seguinte acórdão: "Falta de intimação da defesa do prazo assinado no art. 499 do CPP. Orientação incompatível com o art. 153, § 15, da CF (NR: de 1969), imperativo e terminante do sentido de que a 'lei assegurará aos acusados a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes'. Não é possível conceber-se a ampla defesa se o prazo para requerimento de diligências flui sem intimação do defensor" (RT 553/435-436). Assim também o TJSP: "A falta de intimação do defensor constituído para as fases dos arts. 499 e 500 do CPP (diligências e alegações finais) caracteriza cerceamento de defesa, ensejando a anulação do processo a partir de então" (RT 663/296). No mesmo sentido, STF: RTJ 100/52; TARS: JTAERGS 84/68; TACRimSP: RJDTACrim 12/100.

imprensa acaba prejudicando o exercício da ampla defesa. É muito comum que o advogado só tome ciência da publicação após o decurso das vinte e quatro horas, não podendo, assim, no prazo legal, requerer diligências e atuar eficientemente na defesa do acusado, segundo constata Scarance Fernandes.<sup>218</sup>

O mesmo autor lembra que outra repercussão do princípio da ampla defesa no processo penal, de muita relevância no sistema, consistiu na exigência de intimação do acusado e de seu defensor para que ocorresse o trânsito em julgado da sentença condenatória.<sup>219</sup>

Pelo art. 392 do CPP, a intimação seria feita apenas ao réu, pessoalmente, se estivesse preso (inciso I), e ao réu, pessoalmente, ou ao defensor por ele constituído, se estivesse solto (inciso II), ou seja, poderia haver intimação, nestas hipóteses, do réu ou do defensor. Todavia, a jurisprudência, de forma paulatina, passou a entender que havia necessidade de intimação pessoal do acusado e *também* a intimação de seu defensor<sup>220</sup>. Só assim poderia se efetivar, no caso concreto, a autodefesa e a defesa técnica. Essa jurisprudência iniciou-se com os réus presos, tendo em vista a dificuldade de contato do acusado com o seu defensor. Daí a necessidade de que ambos tomassem ciência da sentença condenatória. Mas, por força da aplicação do princípio da isonomia, que impõe tratamento igualitário a todos os acusados<sup>221</sup>, bem como a plenitude da defesa, estendeu-se essa orientação também para os acusados que não se encontravam presos.

Houve outra importante evolução do sistema no sentido de se garantir melhor o exercício da defesa. Apesar de afirmado o sigilo das investigações no art. 20 do CPP, percebeu-se que, em face do princípio da ampla defesa, esse sigilo não podia ser oposto ao advogado do suspeito, vedando-se o seu acesso aos autos do inquérito policial.

---

<sup>218</sup> SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 296.

<sup>219</sup> SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Op. cit.*, p. 296.

<sup>220</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 258, onde cita diversas decisões.

<sup>221</sup> Não seria este princípio aplicável, também, ao caso em estudo, ou seja, se para os casos vistos nas “exceções” exige-se uma espécie de defesa preliminar antes da decisão de recebimento da denúncia, por que não estender este tratamento a todos os acusados, em geral?

A defesa pode atuar na fase do inquérito policial e, desta forma, não teria sentido que a sua atuação ficasse prejudicada pela impossibilidade de compulsar os autos.<sup>222</sup> Em virtude disso, os Estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil vêm garantindo ao advogado o direito de acesso às repartições policiais e o direito de consultar os autos do inquérito. O atual Estatuto prevê, no art. 7.º, inciso XIV, o direito de o advogado “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito policial, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”.<sup>223</sup>

Também não se podia aceitar a disposição inicial do CPP que, em seu art. 21, permitia a incomunicabilidade do indiciado, sem fazer qualquer ressalva quanto ao contato com seu advogado.

Houve, depois, alteração da redação de seu parágrafo único, determinando-se o respeito ao disposto no art. 89, III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (à época, Lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963), não se admitindo a incomunicabilidade do preso com o defensor. Atualmente, não se permite mais a incomunicabilidade do preso em face do texto constitucional, que a ele garante a assistência da família e do advogado (art. 5.º, LXIII). Além do mais, a Constituição, na própria vigência do estado de defesa, veda a incomunicabilidade do preso (art. 136, § 3.º, IV) e, assim, com maior razão, não poderá ser admitida a incomunicabilidade em estado de normalidade. Ainda, a Convenção de Costa Rica, incorporada ao direito brasileiro, assegura ao acusado o direito de “comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor” (art. 8.º, n. 2, “d”).

Em alguns pontos, porém, ainda se nota grande divergência sobre a influência do princípio da ampla defesa no Código de Processo Penal.

Por exemplo, matéria de grande controvérsia na jurisprudência é a referente à nulidade decorrente da falta de requisição de acusados presos para os atos de

---

<sup>222</sup> O STJ chegou a admitir a possibilidade de, para ser assegurado o sigilo das investigações, ser negado o acesso do advogado aos autos de inquérito policial, mas o STF concedeu *habeas corpus* para, no caso, ser garantido tal acesso, seja porque previsto explicitamente no Estatuto da OAB, seja em razão da garantia constitucional do art. 5º, LXIII (HC 82.354-8-PR, j. 10.08.2004).

<sup>223</sup> Sobre este tema, ver D'URSO, Luiz Flávio Borges. O Exame do Inquérito Policial pelo Advogado. **Boletim IBCrim**, n. 67, jun. 1998, p. 2.

instrução.<sup>224</sup> Na maioria das vezes, entende-se ser a nulidade relativa e só se anula o processo se ficar provado o prejuízo.<sup>225</sup>

Melhor seria, para a amplitude da defesa, que se exigisse sempre a requisição dos acusados presos, pois só assim se tornaria efetivo o exercício da autodefesa, posição esta minoritária no STF, defendida pelo Ministro Celso de Mello, que assim já votou:

O acusado – inobstante preso e sujeito à custódia do Estado – tem o direito de comparecer, assistir e presenciar os atos processuais, especialmente aqueles realizados na fase instrutória do processo penal condenatório. Incumbe ao Poder Público requisitar o réu preso para presenciar, no juízo deprecado, a inquirição de testemunhas. Essa requisição do acusado preso, que objetiva garantir-lhe o comparecimento à instrução criminal, traduz consequência necessária dos princípios constitucionais que asseguram aos réus em geral, em caráter indisponível, o direito do 'due process of law' e, por via de consequência, ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes. São irrelevantes, nesse contexto, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País. Essas alegações, de mera conveniência administrativa, não têm – e nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno desse tema. A posição (majoritária) da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: ocorrência de nulidade meramente relativa. Ressalva da posição pessoal do Relator, para quem a violação desse direito implica nulidade absoluta do processo penal condenatório. A presença do Acusado e sua participação pessoal nos atos processuais constituem expressão concreta do direito de defesa. Perspectiva global da função defensiva: a autodefesa da parte e a defesa técnica do Advogado.<sup>226</sup>

Há, também, forte orientação no sentido de ser possível seguir o processo sem as alegações finais, razões ou contra-razões de apelação quando o defensor, regularmente intimado, deixa de oferecê-las no prazo legal. Encontra-se, contudo, em parcela ponderável da jurisprudência, orientação contrária: nestes momentos culminantes do processo, quando o defensor tem condições de analisar a prova, de

<sup>224</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio e SCARANCE FERNANDES, Antonio. **As Nulidades no Processo Penal**, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, Cap. IX, Seção IV, n. 4.

<sup>225</sup> Assim entende o STF: "Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a ausência de réu preso na audiência de testemunhas é nulidade relativa, que, para ser declarada, necessita de ser argüida no momento processual próprio, ou seja, nas alegações finais, bem como de demonstração da ocorrência de prejuízo. *Habeas corpus* indeferido" (1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, **DJU** 06.05.1994, p. 10.489).

<sup>226</sup> BRASIL. STF. HC 67.755-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, **RTJ** 142/477.

investir contra a sentença ou de impugnar as razões da parte contrária, não teria sentido que o advogado se omitisse e deixasse o acusado sem a necessária defesa. A omissão é, nesta linha, causa de nulidade absoluta, advoga Scarance Fernandes<sup>227</sup>.

Assim, no que se refere às alegações finais, o Superior Tribunal de Justiça, considerando serem elas “peça essencial da defesa”, entendeu que, se “o advogado constituído, mesmo intimado, deixa de apresentá-las, o Juiz deve nomear defensor para que as apresente, antes de prolatar a sentença (CPP, art. 265, parágrafo único, c.c. o art. 564, IV)”; concluiu-se que havia ofensa “ao princípio do contraditório e da ampla defesa”.<sup>228</sup>

No que se refere às contra-razões, o Supremo, apesar da orientação antes referida, afirmou que “a ausência de contra-razões ao recurso do Ministério Público, do qual resultou sensível agravamento da pena imposta ao paciente”, constitui “cerceamento de defesa”, devendo ser anulado o “julgamento da apelação”.

Também assim se manifestou em caso em que o defensor dativo, apesar de ter declarado que iria “apresentar oralmente as razões da apelação e as contra-razões à apelação do Ministério Público, não compareceu à sessão de julgamento”, deixando, assim, de oferecer as razões da apelação e as contra-razões à apelação do Ministério Público, sendo provido o apelo da acusação. Entendeu o Supremo que houve violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa em virtude da “não apresentação de contra-razões ao apelo da acusação pelo advogado dativo”, porque havia, no caso, “risco de ser agravada a situação do réu”.<sup>229</sup>

Há, por fim, outras posições surgidas na tentativa de alargar a aplicação do princípio constitucional da ampla defesa no processo penal que não se conseguiram impor na jurisprudência, ficando na manifestação de acórdãos minoritários.

Assim, a necessidade de conversa prévia do acusado com o defensor antes do interrogatório quando se tratava de defensoria dativa. Consideravam alguns ser essa providência imprescindível para igualdade de tratamento entre todos os

---

<sup>227</sup> SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 299.

<sup>228</sup> Brasil. STJ, 5ª T., RHC 1.682-SP, Rel. Min. Costa Lima, j. 22.04.1992, **DJU** 18.05.1992, p. 6.986.

<sup>229</sup> Brasil. STF. 2ª T., HC 71.234-RS, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 21.06.1994, **DJU** 23.09.1994, p. 25.329.

acusados. O acusado com defensor constituído tem contato com o advogado antes do interrogatório, podendo, assim, melhor preparar sua versão, mas o mesmo, normalmente, não sucede com o acusado sem advogado, porque a nomeação só acontece após o interrogatório ou no exato momento deste.

Não vingara, contudo, na jurisprudência, a orientação no sentido de ser necessário dar oportunidade ao acusado de contato com o advogado antes de ser interrogado.<sup>230</sup> Todavia, em virtude de ser, atualmente, exigida a presença de defensor no interrogatório (art. 185 do CPP) e de ser permitida a sua participação neste ato, formulando perguntas ao acusado (art. 188), deve-se garantir ao advogado nomeado contato prévio com o imputado.

Por fim, também se entendeu não ser obrigatória a apelação pelo defensor dativo. Neste ponto, acertou a jurisprudência. Não tem sentido impor ao defensor dativo que apele de todas as decisões, conforme constou do seguinte acórdão:

Penal. Processual. Defensor Público que não recorre da sentença condenatória. *Habeas corpus*. 1. O Defensor Público não é obrigado a recorrer de tudo, ainda que em caso de sentença condenatória. A jurisprudência tem resguardado o princípio da voluntariedade do recurso. 2. *Habeas corpus* conhecido; ordem indeferida.<sup>231</sup>

Nem sempre há conveniência do recurso e em muitas hipóteses o sucesso da apelação é muito difícil, quase inviável.

Havia dispositivo do CPP, o art. 360, que, de maneira clara, ofendia o direito de ampla defesa, mas, apesar de severamente criticado pela doutrina<sup>232</sup>, vinha sendo aceito pela jurisprudência<sup>233</sup>, sendo poucos os acórdãos em sentido contrário. Tratava-se da requisição do acusado preso para ser interrogado e a necessidade de

<sup>230</sup> Afirmando a necessidade da conversa prévia com o defensor: TACrimSP, Apelação, Rel. Adauto Suannes, **RT** 563/334. A jurisprudência majoritária, no entanto, entendia desnecessária até mesmo a presença do defensor no interrogatório, conforme STJ: “desnecessária a intimação do advogado para o interrogatório, devendo ser avisado pelo próprio interrogando” (RHC 1280/MG, **RT** 696/421, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel). Também, considerando ser desnecessária a presença do advogado no interrogatório, bem como sua intimação para o ato: STF: **RT** 64/359; 685/401.

<sup>231</sup> Brasil. STJ, 5a T., HC 1508-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, **RSTJ** 59/53.

<sup>232</sup> A Súmula 83 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP acentua muito bem que “a requisição do preso ao Diretor do Presídio não constitui modalidade particular de citação, mas, apenas, substitui a notificação para interrogatório”.

<sup>233</sup> **JSTJ** 12/203; **RT** 641/317, 665/307, 706/330; **RJDTACRIM** 4/153, 17/56; **RJTJESP** 92/20.

citá-lo. Conforme entendimento jurisprudencial que predominava, tal requisição era suficiente para considerar o preso citado. Ora, qualquer acusado, preso ou solto, deve ter ciência pessoal da acusação, pois só assim pode exercer sua defesa e só assim há efetivação do contraditório. Só a citação pessoal permite ao acusado preparar a sua defesa própria no interrogatório judicial. Louvável, portanto, a alteração no referido dispositivo que, agora, exige a citação pessoal do réu preso.

#### **4.3.3 Distinções e limites entre o contraditório e a ampla defesa**

A doutrina, em geral, não costuma diferenciar o contraditório da ampla defesa, de forma a delimitar cada um dos princípios; ao contrário, muitas vezes dá tratamento idêntico a ambos.

Neste viés, Cândido Rangel Dinamarco engrossa a fileira de autores que não fazem diferença entre o contraditório e a ampla defesa, deixando transparecer que são a mesma coisa.<sup>234</sup>

Em contrapartida, Ada Pellegrini Grinover argumenta que:

Num determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos – a informação e a possibilidade de reação – não há como negar que o conhecimento, insito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa. Mas, de outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste. Isto porque a defesa representa, na realidade, um aspecto integrante do próprio direito de ação, quais face e verso da mesma medalha, até porque não se pode falar em ação senão com relação à defesa, baseando-se a atuação de ambas as garantias sobre componentes idênticos.<sup>235</sup>

---

<sup>234</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 214-215.

<sup>235</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 4 -5.

Também Alexandre de Moraes vê diferença entre os dois princípios:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igualmente direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.<sup>236</sup>

Gil Ferreira de Mesquita registra que o contraditório é que possibilita a ampla defesa. “O réu somente poderá apresentar uma contestação, por exemplo, após sua citação”. Linhas à frente, conclui que “[...] pode ser afirmado que o contraditório proporcionou a ampla defesa, mas esta é faculdade do réu. Em outras palavras, a informação é obrigatória, mas a reação, esta é facultativa”.<sup>237</sup>

Contudo, Ruy Portanova é quem aponta com maior clareza as diferenças entre o contraditório e a ampla defesa:

O princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega e – tal como o direito de ação – tem o direito de não se defender. Optando pela defesa, o faz com plena liberdade.<sup>238</sup>

Fábio Ramazzini Bechara e Pedro Franco de Campos argumentam que o contraditório abriga em seu conteúdo tanto o direito à informação como o direito à participação.

O direito à informação consiste no direito de ser cientificado, que por sua vez é respeitado por meio dos institutos da citação, intimação e notificação.

<sup>236</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 124.

<sup>237</sup> MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 186-187.

<sup>238</sup> PORTANOVA, Ruy. **Princípios do Processo Civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 125.

Já o direito à participação consiste tanto no direito à prova como no direito à atividade de argumentação, de natureza eminentemente retórica, que busca seduzir pelo poder da palavra, oral ou escrita. Quanto ao momento da sua observância, o contraditório pode ser prévio, real ou simultâneo, e, finalmente, diferido ou prorrogado.<sup>239</sup>

Neste particular, é bom lembrar que a Constituição Federal não faz qualquer restrição quanto ao momento do exercício do contraditório, o que não seria razoável, dada a infinidade de situações de fato possíveis de acontecerem. É de se anotar que, no caso do contraditório diferido, sua admissibilidade é justificada tanto pelo propósito de preservação da eficácia de determinado ato, como a decretação da prisão cautelar, por exemplo, como também em razão do momento da persecução criminal, caso da perícia realizada durante o inquérito policial.

A ampla defesa, por sua vez, abriga em seu conteúdo o direito à autodefesa, o direito à defesa técnica e o direito à prova, que é o direito de se defender provando. O direito à autodefesa abrange o direito à audiência ou de ser ouvido, o direito de presença nos atos processuais, o direito ao silêncio e o direito de se entrevistar com o advogado. Já o direito à defesa técnica engloba tanto a defesa exercida pelo defensor constituído, como a exercida pelo defensor dativo e o defensor *ad hoc*.<sup>240</sup>

Repete-se, pois, a constatação de que o entendimento majoritário da jurisprudência no que concerne à desnecessidade de fundamentação do ato judicial de recebimento da denúncia viola preceitos maiores, situados no plano dos direitos e garantias individuais e que, por conseguinte, deve ser revisto urgentemente.<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> BECHARA, Fabio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. **Princípios Constitucionais do Processo Penal**: questões polêmicas. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=231](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=231)>. Acesso em: 15 jan. 2006.

<sup>240</sup> BECHARA, Fabio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. *Op. cit.*, Internet.

<sup>241</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Recursos no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1996, p. 20.

#### 4.4 Princípio da Igualdade

Alexandre de Moraes ensina que a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.<sup>242</sup>

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma arbitrária ou não razoável um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

---

<sup>242</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 64-66.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Como, porém, considerar o tratamento desigual estipulado pela nova Lei de Tóxicos, ao estipular procedimento muito mais favorável ao acusado por crime que a própria lei considera hediondo, que a cultura geral tem como o maior causador de todos os outros crimes patrimoniais e contra a vida, além de ser o tráfico de entorpecentes muitas vezes dito como o “flagelo da humanidade”, do que os acusados em geral (com as exceções previstas no item 3.2)?

Ora, como visto, há expressa previsão legal de que aos denunciados pelos gravíssimos crimes capitulados na Lei de Tóxicos deve ser proporcionada uma defesa preliminar, com a possibilidade de se impugnar toda a peça acusatória e inclusive produzir provas, e ainda que a decisão que receba a denúncia que lhe foi feita seja, esta sim fundamentada (após um verdadeiro “despacho saneador”), enquanto acusados em geral, por crimes de gravidade menor, não merecem o mesmo tratamento legal?

Lembre-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício da sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.

Sobre o princípio da igualdade, indispensável recordar a lição de San Tiago Dantas, citado por Alexandre de Moraes:

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferença de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção

teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário.<sup>243</sup>

Afirma Alexandre Moraes que é esta a direção interpretativa do princípio da igualdade na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

#### 4.5 Princípio da motivação das decisões

Inicialmente, cabe lembrar da advertência que faz Nereu Giacomolli sobre a necessidade de diferenciar os termos “motivação” e “fundamentação”, visto que o ordenamento jurídico pátrio utiliza a ambos indistintamente.<sup>244</sup> Entretanto, motivar não é sinônimo de fundamentar.

O Desembargador gaúcho assim define os termos:

Por *motivo* se entende a causa ou a condição de uma escolha, a qual direciona a atividade para um fim específico, orientando a conduta humana, sem, no entanto, fornecer uma explicação ou uma justificação.

O *fundamento* é a explicação ou a justificação racional da coisa da qual é causa; a razão de ser. O fundamento permite compreender porque determinada decisão foi ditada num sentido e não em outro; porque é assim e não de outra forma. Em suma, possibilita o entendimento ou a justificação racional da coisa, da qual é causa. O fundamento ou razão suficiente explica por que a coisa pode ser ou comportar-se de determinada maneira.<sup>245</sup>

Portanto, repita-se, *motivar* não significa *fundamentar*.

<sup>243</sup> DANTAS, F. C. San Tiago *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 66.

<sup>244</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à Garantia da Motivação das Decisões Criminais: aspectos jurisprudenciais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre: ESMP; CEIP, ano 6, n. 11, jan./jul. 2005, p. 71 e nota de rodapé n. 9.

<sup>245</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Op. cit.**, p. 71.

Toda decisão judicial deverá, então, ser motivada e fundamentada.<sup>246</sup> Será motivada quando expor quais as bases fáticas e/ou de direito que permitem a fundamentação, ou seja, a explicação racional da decisão.

A exigência constitucional é de que as decisões sejam fundamentadas, quer dizer, que a decisão seja explicada racionalmente, de tal forma que se entenda o seu porquê, que se lhe compreenda. Assim, somente motivar, como dito acima, não satisfaz a exigência constitucional. Fundamentar é mais que motivar; portanto, não há fundamentação sem motivação.

Porém, lembrando que a lei pátria não faz distinções, o termo será aqui usado em um ou outro sentido.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, inciso IX, alçou ao grau de princípio e regra constitucional expressa a garantia da motivação das decisões judiciais.

No entanto, se a Carta Maior não definiu o que fosse uma decisão fundamentada, a legislação infraconstitucional recepcionada, por seus dispositivos específicos relacionados à fundamentação das sentenças, foi explícita ao esclarecer que é necessário que o julgador especifique os fatos, a base jurídica e a ligação entre ambos, demonstrando a motivação de sua decisão. Quer dizer, o Juiz tem de mencionar os fundamentos de fato e de direito que formaram sua convicção e em que se baseou para decidir a causa.

Corresponde, esta determinação, ao princípio da persuasão racional do julgador, que necessita, portanto, realizar uma demonstração racional argumentativa. É assim tanto no Código de Processo Civil – arts. 131, 165 e 482 – quanto no Código de Processo Penal – art. 381, III.

Evoluiu a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões. Antes, entendia-se que se tratava de garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais: proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão; permitir que os órgãos judiciários de segundo grau pudessem examinar a legalidade e a justiça da decisão.

---

<sup>246</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à Garantia da Motivação das Decisões Criminais: aspectos jurisprudenciais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre: ESMP; CEIP, ano 6, n. 11, jan./jul. 2005, p. 72.

Agora, fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o Juiz, e por conseqüência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. É por meio da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional.

Às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo Juiz. A este também importa a motivação, pois, mediante ela, evidencia a sua atuação imparcial e justa. Este é o ensinamento de Scarance Fernandes e assim já o dizia Barbosa Moreira, no início dos anos 80.<sup>247</sup>

Esta visão garantista e tecnicista já havia influenciado vários diplomas processuais, sendo exigida a motivação nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título LXVI, § 7º); nos Códigos do Império; no Regulamento 737, de 1850; nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973; no Código de Processo Penal comum de 1941 (art. 381, III) e no Código de Processo Penal Militar de 1969 (art. 438, “c”).

Vista a motivação como garantia da própria jurisdição, passa a ter *status* constitucional em vários países (Bélgica, 1831, art. 97; Grécia, 1968, art. 117). O mesmo sucedeu no Brasil com a Constituição de 1988, que, em seu art. 93, inc. IX, exige que todas as decisões sejam motivadas, inclusive as administrativas (inc. X).

Interessa, especialmente, saber qual o conteúdo mínimo e essencial da garantia da motivação e quais decisões devem ser motivadas.

Segundo Scarance Fernandes, citando Taruffo:

O conteúdo mínimo e essencial da garantia da motivação compreende, em síntese: 1. O enunciado das escolhas do Juiz, com relação: a) à individualização das normas aplicáveis; b) à análise dos fatos; c) à sua qualificação jurídica; d) às conseqüências jurídicas desta decorrentes; 2. Nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados.<sup>248</sup>

<sup>247</sup> SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 135-139; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de Direito Processual** (segunda série). São Paulo: Saraiva, 1980.p. 86 e ss.

<sup>248</sup> TARUFFO, Michele. La Motivazione Della Sentenza Civile, p. 467, *apud* SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 136

Continua dizendo que, de maneira sintética, Chiavario ressaltou que a necessidade de motivação compreende “a exposição atinente às provas produzidas e aos respectivos critérios de avaliação”.<sup>249</sup>

E termina com Bellavista, segundo o qual se pode dizer que a carência da motivação apresenta-se em três situações diversas:

1. quando o Juiz omite as razões de seu convencimento; 2. quando a tenha indicado incorrendo em evidente erro lógico-jurídico, de modo que as premissas de que extraiu sua decisão possam ser consideradas *sicut no essent*; 3. ou quando, embora no seu contexto a sentença pareça motivada, tenha omitido o exame de um fato decisivo para o juízo que leve a crer que, se o Juiz o tivesse examinado, teria alcançado uma decisão diversa – carência de motivação extrínseca.<sup>250</sup>

E qual a amplitude da garantia constitucional?

Não há dúvida de que a exigência de motivação “abrange todas as decisões relevantes do processo, definitivas ou interlocutórias, principalmente quando estas afetem direitos individuais”, segundo leciona Tucci.<sup>251</sup>

Mantém-se, contudo, a decisão sem motivação dos jurados, tendo-se em conta que a própria Constituição garante o sigilo da votação (art. 5.º, inciso XXXVIII, letra “b”).

Quanto às decisões interlocutórias restritivas à liberdade individual, de forma expressa, exige-se no art. 315 do CPP a motivação da decisão que determinar a prisão preventiva e, no art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a motivação da decisão sobre a prisão temporária.

Portanto, a falta de motivação de decisão interlocutória ou de sentença é causa de nulidade absoluta, porque ofende a importante garantia do devido processo legal e a preceito constitucional.

<sup>249</sup> CHIAVARIO, Mario. *Processo e Garanzie della Persona*, p. 141, *apud* SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 136

<sup>250</sup> BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, p. 230., *apud* SCARANCE FERNANDES, *Id. Ibid.* p. 136.

<sup>251</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004, p. 278-284.

Frente ao mesmo fato natural, com todas as suas circunstâncias – que é o motivo –, podem advir decisões diversas por julgadores diversos. O mesmo ocorre com a matéria apenas de direito – que também é o motivo: pode levar a decisões diferentes.

Ora, mas como que os julgadores irão explicar estas diferentes compreensões dos mesmos motivos? Pela fundamentação, ou seja, pela explicação racional de suas razões, do seu entendimento, de seu posicionamento frente aos fatos.

Quando uma decisão judicial estará bem fundamentada? Quando dela se puder extrair suas razões e motivos e, assim, exercer a garantia da ampla defesa.

Se foi visto que, frente ao mesmo motivo, pode advir soluções diversas, pode-se discordar da decisão do julgador ao conhecer seus fundamentos, quer dizer, a fundamentação da decisão. Ao recorrer, por exemplo, construir-se-á uma lógica diversa daquela esposada pelo julgador sobre os mesmos motivos, os mesmos pressupostos de fato ou de direito. Esta nossa lógica, expressa de forma argumentativa, será a nossa fundamentação para os mesmos motivos.

O que não se pode admitir, portanto, é que a autoridade judiciária decida sem fundamentar, isto é, sem explicitar o porquê de decidir desta – e não de outra – forma, sem demonstrar como valorou os fatos e as provas, quais as razões de seu convencimento e escolha, enfim, do seu julgamento.

A garantia da motivação das decisões, particularmente as criminais, além de servir de limite à atuação do *jus puniendi* e de outorgar legitimidade à decisão jurisdicional, é um instrumento de proteção e eficácia dos direitos fundamentais, decorrentes do Estado Constitucional e Democrático de Direito, ensina Nereu Giacomolli.<sup>252</sup>

A aplicação efetiva desta garantia constitucional ao caso em estudo pode ser conferida na lição de Magalhães Gomes Filho.

Segundo ele, a lei processual penal brasileira, ao prescrever os requisitos da peça acusatória (art. 41), ao indicar as hipóteses em que a acusação deva ser

---

<sup>252</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à Garantia da Motivação das Decisões Criminais: aspectos jurisprudenciais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre: ESMP; CEIP, ano 6, n. 11, jan./jul. 2005, p. 71-73.

rejeitada (art. 43 e incisos) e quando proclama ser ilegal a coação sem justa causa (art. 648, I):

[...] está traçado um 'modelo de decisão' em que são estabelecidos temas que devem ser objeto da cognição judicial nesse momento procedimental de graves repercussões para o acusado. A esse 'modelo de decisão' deve corresponder uma 'adequada justificação', em que o juiz demonstre haver examinado tais questões, dizendo porque concluiu pela admissibilidade da acusação.<sup>253</sup>

Explica o citado autor que:

[...] isto não significa que em cada decisão todos aqueles temas devam ser objeto de minuciosa fundamentação, até porque, em geral, os aspectos de regularidade formal da acusação, ou mesmo aqueles relacionados às condições da ação, podem não ensejar verdadeiras questões a serem solucionadas pelo magistrado neste momento inicial. Mas, sempre que isso ocorrer, a motivação deve ser explícita a respeito de cada um dos pontos de direito e de fato que constituíram objeto de decisão.<sup>254</sup>

Intuitivo, pois, que incumbe ao Juiz analisar criticamente os requisitos legais para admitir a ação penal, dando conta, na motivação, desse procedimento intelectual.

Não se pode admitir que princípios consagrados na Constituição da República, fundados na dignidade da pessoa humana, sejam tão acintosamente ignorados.

---

<sup>253</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 208.

<sup>254</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Op. cit.*, p. 209.

## 5. ANÁLISE CRÍTICA DO MODELO BRASILEIRO DE EXAME PRÉVIO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL

A maior garantia processual deve ser a de *não ser processado sem a devida justa causa*.

Viu-se que, no modelo processual penal adotado pelo Brasil, dado o acontecimento de um fato considerado típico, o Estado-Administração iniciará as atividades necessárias para apurar a infração penal, consubstanciando seus atos de investigação, geralmente, em um inquérito policial.

Finda esta fase preliminar de investigação, o IP será distribuído ao Poder Judiciário, quando o Juiz dará vista ao Ministério Público, titular do direito de ação penal.

Este, o Ministério Público, dentre as possibilidades que se lhe apresentam, está a de ofertar a denúncia, objetivando iniciar a ação penal e processar o imputado.

O Juiz decidirá, então, pelo recebimento ou rejeição da denúncia.

Caso decida por não receber, ou por rejeitar, a inicial acusatória, deverá o magistrado fundamentar sua decisão, da qual caberá recurso em sentido estrito. Desta forma, o cidadão estará livre da ação penal.

Porém, caso decida por receber a denúncia, o magistrado não precisa fundamentar esta sua decisão, da qual, inclusive, não cabe recurso. Neste caso, o cidadão passará a ser réu da ação, acusado, e só disporá de um remédio processual para afastá-la: o *habeas corpus*.

## 5.1 Críticas ao modelo pátrio

Apesar da clareza do texto constitucional no sentido de ser necessária a motivação de todas as decisões judiciais, continuaram a não ser fundamentadas as decisões de recebimento da denúncia, mantendo-se praxe existente antes de 1988, embora já façam quase dezoito anos de sua vigência.

Fundam-se os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, em argumentos vazios: não há, no recebimento da denúncia, decisão, mas simples despacho; ou, ainda que se veja aí uma decisão, tem carga decisória diversa das que têm as sentenças condenatórias ou absolutórias; e, por fim, a exigência constitucional não atinge todas as decisões.<sup>255</sup>

Não satisfazem essas razões. Não se trata de mero despacho de expediente, pois o Juiz, no momento em que recebe a denúncia, verifica a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais. Há carga decisória, tanto assim que, a partir daí, instaura-se o processo e o *indiciado* passa a ser *acusado*.<sup>256</sup>

Conforme já ponderou Aury Lopes Júnior, esta situação, de réu na ação penal, fruto do despacho de recebimento da denúncia, é, por si mesma, estigmatizante.<sup>257</sup>

Já se viu que, embora o art. 516 do CPP o qualifique indevidamente como “despacho”, a natureza jurídica deste ato judicial é de decisão, da espécie decisão interlocutória simples.

Aliás, muitos julgados já lhe concederam este atributo, porém, deixaram de aplicar as conseqüências que o reconhecimento desta natureza jurídica implicaria.

---

<sup>255</sup> Neste sentido, ver **RT** 662/280, 653/301.

<sup>256</sup> SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 137.

<sup>257</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 174.

Como bem diz Tucci:

É absolutamente necessário que o órgão jurisdicional justifique a presença de fundamento razoável da acusação e de legítimo interesse, em consonância e perfeita harmonia com os elementos colhidos nos autos de investigação criminal ou constantes das peças de informação.<sup>258</sup>

A prática de aceitar que o ato judicial de recebimento da denúncia não seja motivado deve ser considerado inconstitucional e abolida da lida forense.

A recepção jurídica da denúncia (ou da queixa), mediante ato judicial que a acolhe, é o marco inicial do processo penal propriamente dito ou, por outras palavras, da *persecutio criminis in iudicio*. Como sustentar que esta decisão seja *um mero despacho sem conteúdo decisório*?

O réu tem o direito constitucional de saber as razões pelas quais o Estado-Juiz admitiu a pretensão acusatória estatal, mesmo que ainda em juízo de prelibação. Esta decisão tem de ser considerada como realmente é: muito relevante e importante.

Ora, se é necessário para o oferecimento da denúncia a demonstração inequívoca da materialidade e dos indícios suficientes da autoria, como sustentar que a decisão judicial de recebimento desta peça, com a conseqüente instauração de uma ação penal, olvide de constatar, verificar, analisar estes requisitos e fundamentar a referida decisão? Isto não se confunde com o mérito! Fosse assim, impossível seria uma sentença de pronúncia.

Com isto, enorme é o número de ações de *habeas corpus* que são impetradas, diariamente, nos tribunais brasileiros.

O uso constante do remédio heróico, desta maneira, retira-lhe a majestade e a importância devida. Não possibilita, por exemplo, como ocorreria se houvesse recurso disponível da decisão de recebimento da denúncia nos moldes das demais decisões de mesma envergadura – o recurso em sentido estrito – o juízo de retratabilidade da decisão pelo próprio magistrado.

---

<sup>258</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 283.

Ocorre que, não raras vezes, as ordens de *habeas corpus* são concedidas para o fim de se trancar a ação penal. Por quê? Porque fica estampado que aquela não tinha condições de existir, ou seja, que a denúncia não podia ter sido recebida e que não houve a devida análise de sua viabilidade, de seus requisitos de validade, pelo Juiz que a recebeu.

Não se olvide que, na ação de *habeas corpus*, não se admite o cotejo de provas ou a análise profunda do mérito: a verificação do constrangimento ilegal causado pelo processo penal deve ser evidente, perceptível numa mera verificação dos autos, ou seja, num juízo similar ao prelibatório que deveria ter sido realizado pelo Juiz que recebeu a denúncia.

Ora, mas este Juiz, assoberbado de serviço como quase todos os órgãos públicos deste país, investirá seu tempo naquelas decisões que a própria lei, a doutrina e a jurisprudência reputem séria, ou seja, de conteúdo decisório e das quais caiba recurso. Assim, salvo para aqueles que são sensibilizados para o problema e percebem a gravidade que é aceitar uma denúncia e instaurar um processo penal em desfavor de outrem, com toda a pesada carga moral, social e ética que isto lhe acarreta, o fato é que, para a imensa maioria dos juízes, o fato continua sendo um ato automático, um carimbo ou despacho genérico padronizado inserto nos autos pelo cartório para, depois, o Juiz apenas assinar. A responsabilidade social e jurídica destes juízes é que deveria ser apurada e criminalizada!

Portanto, vê-se que a jurisprudência, majoritária no sentido da desnecessidade de fundamentação da decisão que recebe a denúncia ou a queixa, nem sempre se orienta no sentido de conferir maior amplitude à ampla defesa, como deveria, por mandamento constitucional e político-democrático.

Neste caso, além de desviar-se de princípios norteadores, tem-se que a construção pretoriana afronta a própria literalidade do texto legal, o art. 93, IX, da Constituição Federal, desprezado também em sua teleologia, em sua sistematização e nas regras da máxima efetividade, da conformidade funcional e da força normativa da Constituição, devendo, pois, urgentemente, ser revisto e adaptado ao modelo constitucional garantista – e não o contrário.

A preocupação não é só nossa. Grande parte dos doutrinadores de vanguarda vem denunciando esta situação pecaminosa e vexatória do sistema processual penal brasileiro.

Nereu Giacomolli, prócer da observância dos direitos fundamentais no processo penal, não deixou de observar e relatar o automatismo:

Os inquéritos policiais, em geral, aportam a juízo sem uma investigação substancial. O órgão acusador deduz a pretensão acusatória, como regra, com o material colhido nesta fase, nem sempre confiável. Denúncias genéricas são comuns, ofendendo o devido processo legal, mais especificamente a garantia da acusação explícita e da ampla defesa. A alteração do status de cidadão comum para acusado, com o recebimento da denúncia, ocorre, via de regra, sem a devida motivação, ofendendo a garantia prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal.<sup>259</sup>

Conclui o professor e magistrado gaúcho:

Assim, observa-se que o Ministério Público, como regra, ao receber o expediente investigatório, dentro de um certo automatismo, acusa. O Juiz, nesta mesma linha utilitária, deixa de analisar a presença ou não dos requisitos viabilizadores da pretensão acusatória. O Ministério Público, como regra, se limita a buscar um fundamento jurídico para deduzir a pretensão acusatória, e os Juízes a acolhem, com o silêncio sepulcral da defesa.<sup>260</sup>

De todo o visto, forçoso será concluir pelo desacerto da sistemática processual penal atual e da premente necessidade de correções na interpretação e aplicação dos princípios estudados, principalmente da motivação das decisões, nesta fase.

---

<sup>259</sup> GIACOMOLLI. Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 297.

<sup>260</sup> GIACOMOLLI. Nereu José. **Op. cit.**, p. 297.

## 5.2 Considerações sobre os modelos estudados

Constatado que o sistema brasileiro de exame prévio da legitimidade da ação penal é deficiente e necessita ser melhorado, indaga-se qual modelo, dentre os existentes e apresentados, poderia ser adotado para o Brasil, considerando-se todos os fatores próprios do sistema processual brasileiro, ilustrados no desenvolvimento desta pequena dissertação.

Será que basta que os Tribunais passem a entender que o despacho de recebimento da denúncia deva ser fundamentado – afastando as fundamentações implícitas, as “mais que concisas” e mesmo as inexistentes – para que a incorreção apontada seja sanada?

Pensamos que não.

Claro que já seria um avanço. Porém, tanto do que se viu dos sistemas processuais no direito comparado quanto das exceções apontadas no próprio direito pátrio, pode-se concluir que tão ou mais importante que passar a ser obrigatório a fundamentação da decisão de recebimento da denúncia é a adoção de uma etapa, uma fase, um momento em que se possibilite à defesa, antes da análise da proposta da instauração de um processo penal, manifestar-se e contrariar os indícios apontados, provar de plano a inocência, um álibi, uma incorreção material, etc.

Ou seja, uma etapa intermediária entre o término da fase investigatória e o início da fase processual, exatamente para possibilitar o melhor exame prévio da admissibilidade da ação penal.

Contribuir-se-ia, certamente, para o desenvolvimento e proteção dos direitos fundamentais no Estado Social, Constitucional e Democrático de Direito, eis que, sem prejudicar a apuração das infrações penais, garantir-se-ia a mais ampla defesa ao acusado.

Qual seria o momento certo e qual seria a sistemática procedimental para tal ato?

Para responder, recapitular-se-á os sistemas apresentados alhures, com a indicação de alguns prós e contras para, ao final, apresentar uma humilde proposta.

Sem dúvida, parece que o sistema judicial seria o ideal. Jurisdicionar esta fase significa manter o princípio da paridade das partes, proporciona uma instrução – mesmo que sumária – na qual as partes poderiam postar-se pessoalmente junto ao Juiz e apresentar seus argumentos para uma decisão imparcial e justa, como se espera do Poder Judiciário.

Ter-se-ia, então, uma decisão de recebimento da denúncia fundamentada, além de outros benefícios de menor ordem.

Porém, ousa-se discordar de sua adoção como modelo ideal ao Brasil pelos seguintes motivos:

- a) os prazos judiciais são impróprios; considerando que as Varas Judiciais já estão além de seus limites, pode-se ter uma fase intermediária que se alongue indevidamente no tempo;
- b) as Varas Judiciais estão lotadas. Isto é sinal que sobram processos e faltam juízes. Como, então, processualizar, jurisdicionar mais um incidente?

Não se olvide que na imensa maioria das Comarcas do país, de dimensões continentais, tem-se apenas uma, quiçá, duas Varas Judiciais. Não haveria possibilidade de se adotar um Juiz para a fase preliminar e outro para o processo, salvo adotando procedimentos diversos para locais diversos, o que – pensa-se – afronta o princípio da isonomia, da igualdade.

Não se pode criar classes de processados: alguns, por residirem em grandes Comarcas, têm um Juiz para decidir nos incidentes da fase da investigação preliminar e presidir a fase preliminar, não sendo o mesmo Juiz que o processará e o julgará; já outros, por não terem tido a mesma sorte do primeiro de nascer em uma cidade grande, terá uma Vara Judicial única, a conhecer, decidir e julgar tudo, devendo acreditar na imparcialidade e na justeza do seu único Juiz, justo aquele que, por residir e trabalhar em local de menor tamanho, conhece a todos, ouve de

tudo e é mais influenciado pelos costumes locais. Ora, mas homicídio é homicídio em qualquer lugar, em qualquer Comarca.

Claro que, academicamente, assemelha-se a melhor proposta.<sup>261</sup> Mas, como se orientou, neste estudo, a verificar o sistema processual penal na sua dualidade teoria-prática, não parece crível que o estado dobrará o número de seus juízes apenas para ter um Juiz-Garante. O Brasil é um país pobre, de recursos parcos e muita deficiência em necessidades mais básicas.

Todas as vezes que o legislador pátrio criou uma espécie de defesa preliminar – semelhante à fase intermediária que se pleiteia –, o incidente ocorreu junto ao mesmo Juiz que presidirá o futuro processo<sup>262</sup>; não iria ser diferente agora.

Este também o motivo pelo qual propostas como a de Aury Lopes Júnior de tornar a prevenção causa de exclusão da competência e da exclusão dos autos do inquérito policial dos autos do processo<sup>263</sup> não são, crê-se que nem mediatamente, aplicáveis: tudo ocorre, na imensa maioria das vezes, frente a um único Juiz;

- c) tem-se, ainda, que o sistema judicial adentra nas funções atribuídas constitucionalmente ao Ministério Público.

É o *Parquet* o *dominus litis* e o titular da *opinio delicti*, nesta fase. Pode parecer que, na hipótese da etapa preliminar ser judicial, esta atribuição não foi esbulhada, afinal apenas existe por que o próprio órgão ministerial ofereceu denúncia.

Contudo, a *opinio delicti* estava viciada, reduzida, incompleta: faltava a ele conhecer os argumentos do acusado. Veja que se trata de formar a convicção da

---

<sup>261</sup> Nereu Giacomolli apregoa que “urge a criação, em todos os Estados e Comarcas, de uma unidade própria para o inquérito policial, o qual seria distribuído após o oferecimento da denúncia. Nesta unidade, além do Ministério Público, atuaria um Juiz garantidor dos direitos fundamentais”. **(Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 297).

<sup>262</sup> A respeito, veja-se o capítulo 3, subitem 3.2, deste trabalho.

<sup>263</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar.** 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 165 e 212.

existência de uma infração penal e de sua autoria, não de elementos para acusar alguém.

O MP deve conhecer do fato em todas as suas circunstâncias para poder melhor formar sua convicção; se apenas conhecer da totalidade dos fatos após oferecer a denúncia – ou seja, durante a fase intermediária –, além de estar incorrendo em erro, não agiu como *dominus litis*, mas como um apostador, ofertou uma denúncia temerária.

Por isto, entende-se deva haver uma fase para a defesa preliminar antes do *oferecimento* – e não do *recebimento* – da denúncia; e

- d) o objetivo da fase intermediária é proporcionar a mais ampla defesa, possibilitando que o exame prévio da admissibilidade da ação penal seja profundo, completo e seguro.

Mas, não se pode confundir as garantias processuais conferidas ao imputado como forma de impunidade, de dificultar o próprio Estado-Administração de cumprir o seu mister. Embora seja uma estratégia válida usada pela Defesa, é certo que esta prefere apresentar sua argumentação e contra-provas apenas na fase processual, já na instrução da ação penal. Isto porque, nesta fase, torna-se muito mais difícil para a acusação refutar e afastar os argumentos e provas apresentadas. A proposta que se apresenta evita esta situação.

Já um sistema a cargo do Ministério Público, o qual poderíamos chamar de “ministerial”, parece-nos que, sem precisar aprofundar-se muito, não é o melhor modelo, pois a defesa não pode ficar submissa ao órgão acusador: há de se respeitar o princípio da paridade das armas.

Se a ação penal fosse disponível e vigesse no Brasil sistema semelhante ao americano, inclusive com o *plea bargaining*, até que seria viável, mas, no sistema brasileiro de processo penal, seria inaplicável sem afrontar o princípio da igualdade processual.

Portanto, conclui-se que um modelo no qual a fase intermediária fique entre a Polícia Judiciária e a remessa dos autos ao Poder Judiciário é o melhor. Tal modelo, um “modelo policial”, seria desenvolvido nos moldes propostos no próximo item.

### **5.3 Uma proposta: o exercício da defesa preliminar no inquérito policial**

O principal óbice doutrinário para o exercício da defesa preliminar ainda na fase policial é o que considera o inquérito policial inquisitório e que neste não se aplica, sob nenhuma hipótese, os princípios constitucionais processuais.

Os que são contrários ao contraditório e à ampla defesa no inquérito policial argumentam que, ao se analisar a natureza jurídica do inquérito policial, tem-se, como característica inerente, seu caráter inquisitivo, ou seja, as atividades nele desenvolvidas são presididas por uma única autoridade, agindo esta de ofício ou provocada, empregando as atividades necessárias para a execução do fim primário de todo inquérito policial – o esclarecimento do crime e da sua autoria.

Diante disso, percebe-se que no inquérito policial predominam as atividades de investigação, a fim de embasar uma futura e eventual ação penal, tornando dissociada, desta fase, a figura do “acusado”, existindo apenas o “indiciado”.

Não paira dúvida de que a ausência do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial é doutrinária e jurisprudencialmente aceita, e neste viés, para aqueles que defendem a inaplicabilidade, afetado está o valor probatório da investigação policial, embora o tenha, mas tão-somente valor relativo, por exatamente, ter seus elementos colhidos na ausência das garantias constitucionais em estudo.

Clara manifestação do Estado Democrático de Direito, a garantia do contraditório – estampada na possibilidade de uma manifestação preliminar da defesa – é, como definiu Joaquim José Canuto Mendes de Almeida, a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”. Neste viés, a contrariedade designa “afirmação e negação da mesma tutela jurídica em relação

ao mesmo interesse, ou, noutros termos, a afirmação e a negação da ‘conformidade da pretensão com o direito objetivo’”.<sup>264</sup>

Em outras palavras, esta ciência, no processo penal, eleva-se ao *status* de obrigatória e necessária, não existindo, pois, um réu sem defensor, porque no processo-crime encontra-se em jogo um valor indisponível da parte – a liberdade.

O mesmo não ocorre no inquérito policial, pois, fosse assim, impossibilitaria a atividade investigatória do Estado.

Mas será que tal impossibilidade, ou perturbação da apuração da infração penal, ocorreria se o contraditório neste instrumento, destinado a contestar, modificar, impedir o ato estatal de indiciamento, fosse diferido?

Isto é, se o momento em que se possibilitasse o acesso aos autos à Defesa para que esta se manifestasse fosse não durante a realização de uma interceptação telefônica, ou outro momento qualquer em que o sigilo da atividade persecutória é crucial para o atingimento mesmo dos fins do Estado, mas, sim, quando o Estado-Administração desse por concluído a sua apuração. Não seria uma providência salutar?

Se a Defesa soubesse que, por força de dispositivo legal ou entendimento jurisprudencial, a sua manifestação preliminar – contestando os atos que lhe foram atribuídos pelo Estado-Administração, requerendo a produção de provas a seu favor, juntando documentos hábeis a fazer contra-provas – fosse hábil a impedir a instauração da ação penal, fatalmente utilizaria muitos de seus trunfos nesta etapa.

Ao lado do contraditório, tem-se outra garantia constitucional – a da ampla defesa, esta mais utilizada no processo penal, quando há maior ênfase na posição do réu, sendo o contraditório garantia entendida tanto ao autor quanto ao réu.

Cada vez mais vozes se levantam pela prevalência da liberdade sobre a segurança, representada pela garantia de defesa já na fase do inquérito policial. A esta corrente filia-se Hélio Tornaghi, que assim se manifestou sobre a autoridade policial que se mostra arredia aos cânones constitucionais:

---

<sup>264</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 82 e 78.

Quem detém a força não precisa violar o Direito para assegurar a ordem; ao contrário: o abuso do poder é sintoma de franqueza e sinal de covardia. Tais práticas, por vergonhosas e desprezíveis, não se compadecem com o refinamento de costumes que os brasileiros tem o direito de exigir daqueles aos quais eles se confiam e não é, evidentemente, para sofrer essas afrontas que a Nação estipendia e homenageia os fiadores da lei e da ordem.<sup>265</sup>

Em defesa deste direito também ergueu-se a voz de Renato de Oliveira Furtado, para quem:

Lançar a luz do contraditório diferido sobre os ambientes policiais não deveria incomodar a ninguém, a não ser aqueles que, como Hamlet, desejam: 'estrelas, ocultem o vosso fogo, que nenhuma luz entreveja os meus desejos obscuros e profundos'.<sup>266</sup>

Fauzi Hassan Choukr bem disse que:

O novo processo penal, acobertando explicitamente valores de garantia ao suspeito e alterando definitivamente papéis até então cristalizados, clama por certo uma nova postura *ética* do órgão acusatório nessa etapa prévia, na medida em que, se a participação do investigado aparece limitada pela própria natureza da atividade que se desenvolve, deve o titular da investigação preservar também meios de prova que favoreçam àquele, tendo este compromisso assumido em muitos ordenamentos o *status* de lei.<sup>267</sup>

Nesse diapasão, manifestou-se o Excelso Supremo Tribunal Federal:

A situação de ser indiciado gera interesse de agir, que autoriza se constitua, entre ele e o Juízo, a relação processual, desde que espontaneamente intente requerer no processo ainda que em fase de inquérito policial. A instauração de inquérito policial, com indiciados nele configurados, faz incidir nestes a garantia constitucional da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.

A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desprezar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de

<sup>265</sup> TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2., p. 256.

<sup>266</sup> FURTADO, Renato de Oliveira. O Advogado e o Inquérito Policial. **Âmbito Jurídico**, n. 3, mar. 2001. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dpp0020.html>>. Acesso em 21 ago. 2005.

<sup>267</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 98.

investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja inobservância pelos agentes do Estado além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder; pode gerar a absoluta desvalia das provas ilícitamente obtidas no curso da investigação policial. (1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04/10/96, p. 37100).

Antônio Gomes Duarte brada que “o inquérito policial, diante dos princípios e garantias constitucionais hoje vigentes, não pode sobreviver às fórmulas sigilosas, inquisitórias e arcaicas ainda empregadas e defendidas pela mais respeitável doutrina”, porque, se assim for, estar-se-á desprezando importantíssimas garantias conquistadas em lutas obstinadas travadas ao longo da história das relações sociais do povo brasileiro. Por isso, todos que de alguma forma militam com o Direito devem ter em mente que o fim de toda atividade estatal é o homem, e que “o homem e a sociedade não se escravizam a um direito; o direito é que deve ajustar-se e orientar-se no sentido do fato social”.<sup>268</sup>

Renato de Oliveira Furtado lança argumento que não se pode rebater:

Dizer, a doutrina dominante, que o cidadão – indiciado é apenas objeto de investigação e não um sujeito de Direito de um procedimento jurisdicionalmente garantido, é o mesmo que dizer que o inquérito policial é seara onde a Constituição não pisa, é foro onde o Direito bate em portas lacradas.<sup>269</sup>

Hélio Tornaghi toca mais fundo, quando afirma que é doloroso ver espezinhadas as garantias “que custaram à humanidade tantos séculos de lutas, e verificar que o sangue dos que morreram para inscrevê-las nas declarações de Direitos não regou suficientemente o chão da Pátria”.<sup>270</sup>

Scarance Fernandes afirma que “o IP tem, no processo penal brasileiro, a importante função garantista de impedir a acusação destituída de suficiente base, só

<sup>268</sup> DUARTE, Antônio Gomes. **Do Inquérito à Denúncia**. Belém: CEJUP, 1996, p. 44.

<sup>269</sup> FURTADO, Renato de Oliveira. Direito à Assistência de Advogado no Inquérito Policial: breves considerações ao art. 5º, n. LXIII da CF. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 695, p. 297.

<sup>270</sup> TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2., p. 255.

podendo-se dispensá-lo quando a denúncia ou a queixa estiver lastreada em outras peças de informação”.<sup>271</sup>

Por derradeiro, demonstrando uma atenção especial ao tema estudado neste trabalho e com certa sintonia de conclusões, o mesmo professor paulista, em sua tese de livre-docência para a Universidade de São Paulo, publicada recentemente, dedica um capítulo ao “inquérito policial no direito brasileiro como garantia contra acusação sem justa causa” e outro à “importância de uma fase reservada à formulação da acusação, à reação defensiva à imputação e ao exame da viabilidade da acusação em um procedimento-modelo”.<sup>272</sup>

De todo o exposto, principalmente verificando que:

- a) nos sistemas europeus há uma fase, por lá judicial, mas, normalmente, por Juiz diferente do julgador, de verificação das provas produzidas e da existência de *justa causa* para o início da ação penal;
- b) no sistema brasileiro o recebimento da denúncia passa por uma análise perfunctória, um juízo prelibatório, no qual o Juiz da causa analisa a existência de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria do fato delituoso pelo denunciado, além do próprio MP já ter, com o próprio oferecimento da denúncia, demonstrado que ficou convencido destas circunstâncias, porém, em ambos os casos, o caderno investigatório pode não ter resistência alguma da defesa à pretensão deduzida em juízo;
- c) no sistema brasileiro há casos onde se prevê uma espécie de defesa prévia, como exemplifica o art. 514 do CPP para as hipóteses de imputação de crime funcional a servidores públicos; e

---

<sup>271</sup> SCARANCA FERNANDES, Antonio. **A Reação Defensiva à Imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 94.

<sup>272</sup> SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 91-96 e 104-129.

- d) vige no Brasil um paradigma constitucional garantista em que as doutrinas hodiernas, mesmo que, a nosso ver, entendam de maneira equivocada o movimento de lei e ordem ou de tolerância zero<sup>273</sup>;

pode-se adaptar as regras existentes, determinando-se uma fase intermediária entre a fase investigativa preliminar e a fase processual propriamente dita e que, atendendo ao sistema acusatório e ao sistema processual brasileiro, este modelo não seja o judicial.

Então, terminada a fase que deva ser sigilosa e realizado o despacho de indiciamento, indicando as provas apuradas contra o agora indiciado, este tenha a oportunidade de produzir ou solicitar a produção de provas, acaso ainda não coletadas, de caráter modificativo, impeditivo ou terminativo daquelas utilizadas pela Polícia Judiciária para indiciá-lo.

A produção desta defesa preliminar será facultativa, atendendo aos ditames da ampla defesa. Visará a ilidir o oferecimento e/ou o recebimento da denúncia e a conseqüente ação penal.

Caso seja apresentada esta defesa preliminar, este verdadeiro contraditório, dois poderão ser os caminhos imediatos:

- a) juntada aos autos do IP e imediata remessa ao órgão do MP, que formará sua *opinio delicti* e, se for o caso, requisitará diligências, podendo também requerer o arquivamento do feito, remetê-lo para a autoridade competente ou intentar a ação penal; e
- b) análise do contraditório apresentado pela própria autoridade policial, que poderia se dar nos moldes propostos abaixo.

Concluído o inquérito policial e indiciado o suspeito, é este intimado, pessoalmente e também na figura de seu defensor constituído – se houver – ou, em hipóteses outras, por meio de Defensor Público, para que, se quiser, num prazo

---

<sup>273</sup> Assim se entende pois estes podem ser implantados dentro de uma perspectiva garantista, bastando que o legislador e/ou os operadores jurídicos atem aos reclamos de um direito penal mínimo, às medidas despenalizadoras ou sobrestadoras do próprio processo penal, à adequação dos órgãos públicos ao que a legislação vigente já prevê – como é o caso da Lei de Execuções Penais, enfim, a uma nova leitura do direito penal simbólico, afastando o caráter de *prima ratio* deste instrumento de controle estatal.

razoável (algo em torno de 3 a 5 dias), apresente defesa preliminar – verdadeira contestação ao apurado, podendo, inclusive, requerer diligências.

Já se percebe, daí, que o relatório da autoridade policial deverá ser qualificado, inclusive deduzindo claramente os motivos e fundamentos da decisão de indiciar o suspeito. Logo, estabelece-se mais uma garantia aos investigados.

Findo o prazo assinalado, a Polícia Judiciária teria que verificar a existência e a validade dos contra-argumentos deduzidos na defesa preliminar – por exemplo, um álibi, a apresentação de uma testemunha não ouvida antes, a explicação razoável para um dado levantado, a apresentação de documentos etc. –, realizando, ao final, novo Relatório, no qual, inclusive, poderia retratar-se da decisão de indiciar o investigado e até reabrir as investigações – após vista do Ministério Público, evidentemente. Todas estas diligências poderiam ocorrer num prazo de até 10 dias.

Após, com este novo Relatório, os autos são encaminhados ao Poder Judiciário, que abriria vista ao Ministério Público. Tem-se que a *opinio delicti*, desta forma, deverá qualificar-se, aprimorar-se, visto que não se dará mais apenas com base nos elementos do órgão investigador estatal – que, independentemente de poder e dever agir em busca da verdade real, ser imparcial, ser *longa manus* da Justiça e não da Acusação, eqüidistante das partes – poderia deixar de colher algum dado importante à Defesa.

Terá o *Parquet*, agora, também a contestação do indiciamento (caso este seja mantido) a ser superada na formação de sua convicção e na própria sustentação da denúncia que entenda deva ser oferecida.

O Juiz, ao exercer o juízo de prelibação, deverá fazê-lo fundamentadamente – *ex vi* do disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Terá a seu dispor, agora, além da peça acusatória e dos autos do IP, a defesa preliminar – caso essa tenha sido a opção defensiva.

A existência de novos prazos (até 15 dias para indiciado solto) não pode ser empecilho para a adoção desta fase preliminar, pois se trata de garantir um direito fundamental.

Lembremos a lição de Weber Batista:

Para condenar, que se esgotem todas as oportunidades de defesa; mas, para absolver, que se faça tão logo haja certeza plena. O interesse social na punição dos criminosos, um dos dois valores mais essenciais diante dos quais se move o processo, não sofre com a demora, se esta tende à certeza de culpa; *mas cada dia a mais de inútil coação processual constitui punição injusta do inocente.* (grifamos).<sup>274</sup>

No caso de indiciados presos, tem-se que a apresentação da defesa preliminar deva se dar no prazo mesmo para a conclusão do IP, ou seja, em 10 dias (regra geral), devendo a Defesa contra-argumentar o próprio requerimento ou representação pela prisão cautelar e a decisão que a concedeu, ou o auto de prisão em flagrante, em estreita ligação com o órgão investigador, já que do seu interesse. No máximo, dentro do nono dia do prazo policial, para possibilitar possíveis diligências.

Em todo caso, porém, este contraditório seria diferido, a fim de não prejudicar a atividade investigatória do Estado-Administração e não tumultuar o caráter inquisitório do inquérito policial.

Entende-se que se deve evitar que esta fase seja judicial, como ocorre em alguns países e mesmo conforme sugestões já ofertadas ao Superior Tribunal de Justiça. Isto pois, caso seja judicializada, retirar-se-ia a autonomia ministerial na formação da *opinio delicti*.

Esta é a proposta. Seu detalhamento, como a definição de ritos, prazos, atribuições, além da defesa propriamente dita da idéia proposta – que pode comportar questionamentos, por exemplo, acerca da celeridade (*parecendo* estar na contramão das doutrinas atuais); do *aparente* prejuízo à defesa, como se fosse um pré-julgamento; do contraditório e ampla defesa no inquérito policial; da necessidade da efetivação de um despacho inequívoco de indiciamento no inquérito policial, oportunizando eventual “constestação” por parte do indiciado; da *aparente* retirada do poder de decisão do Juiz ou do *Parquet*; etc, - extrapolam os limites do objeto e da proposta desta dissertação, servindo, em verdade, de verdadeiro objeto de outra investigação que, espera-se, dar-se-á continuidade em outra oportunidade.

---

<sup>274</sup> BATISTA, Weber Martins. **Direito Penal e Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 157. Repetiu-se a referência devido à sua importância para o assunto.

## CONCLUSÃO

Demonstrou-se, no primeiro capítulo, que, no sistema processual penal brasileiro, na ótica da Constituição da República, se adotou um modelo de realização de persecução penal integrado por várias instituições, cujas atribuições não se excluem, nem se sobrepõem. Em perfeito funcionamento, esse modelo pressupõe a integração e coordenação das atividades da Polícia Judiciária, do Ministério Público, da Advocacia e do Poder Judiciário.

A investigação preliminar deve objetivar oferecer ao Poder Judiciário uma notícia qualificada e certa de que ocorreu um crime, apresentando as provas da materialidade e indicando indícios de quem seria o sujeito ativo, possibilitando que, quando o órgão acusador entender por oferecer denúncia, o Judiciário tenha como realizar uma aferição preliminar de sua viabilidade – a justa causa.

O inquérito policial, embora seja considerado por alguns doutrinadores como uma mera peça informativa, é destinado para instruir a denúncia, ou a queixa.

Seu objetivo é servir de fundamentação para a ação penal, evitando que o sujeito seja submetido a um processo penal, judicial, ainda no calor dos fatos ou no clamor da opinião pública, fornecendo a justa causa necessária para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, pois colhe a prova da materialidade do crime e indica os indícios de que o sujeito é o autor, sem os quais não pode (ou não deveria) alguém ser denunciado e, caso o seja, o inquérito policial ainda fornecerá elementos para o juízo de prelibação do magistrado.

Assim sendo, não há como contestar o valor garantista do inquérito quando da apuração da realidade do fato inculcado como criminoso, garantindo-se que alguém só seja denunciado e processado se, previamente, provar-se a existência de algum fato típico e a existência de indícios suficientes de ter sido o investigado seu autor, coletando, também, todas as demais circunstâncias fáticas. Infere-se, portanto, a necessidade da inserção dos princípios constitucionais também na investigação criminal, ajustando-se ao seu modelo inquisitório, a fim de garantir o

respeito absoluto à pessoa humana, sem prejuízo ao funcionamento e à eficiência da máquina repressiva.

O sistema quer-nos parecer ideal e, embora não perfeito na prática, possui construção teórica lógica. Demonstra um progresso do sistema acusatório: se primeiro foi separada a função do julgador da do acusador, agora se separa ainda mais, o investigador do acusador.

No segundo capítulo, viu-se como o exame prévio da admissibilidade da ação penal se dá em vários países, buscando possibilitar comparar experiências e retirar conclusões.

Demonstrou-se, no capítulo terceiro, também, que a jurisprudência brasileira insiste em afastar a aplicabilidade de um princípio – aliás, além de princípio, é também uma regra – constitucional explícito no ato judicial de recebimento da denúncia.

A prática de aceitar que o ato judicial de recebimento da denúncia não seja motivado deve ser considerada inconstitucional e abolida da lida forense. A recepção jurídica da denúncia (ou da queixa), por meio de ato judicial que a acolhe, é o marco inicial do processo penal propriamente dito ou, por outras palavras, da *persecutio criminis in iudicio*. Como sustentar que esta decisão seja *um mero despacho sem conteúdo decisório*?

Já não basta a mera previsão expressa de direitos e garantias. É preciso mais! É preciso urgentemente efetivá-las. Exige-se, para tanto, que não mais se continue a ler a Constituição com os olhos cansados do autoritarismo, que, “não obstante a resistência que lhe opõe a nossa prática judicial, sempre nostálgica de um inquisitorialismo mentalmente insepulto”, apercebam-se todos que o juízo de recebimento da denúncia precisa mudar e, adaptando-se ao sistema constitucional-processual-garantista, ser motivado e fundamentado, em prol da tutela dos direitos fundamentais do imputado.

No exame prévio da legitimidade da ação penal, no juízo de recebimento da denúncia, necessário se faz que a sistemática processual penal brasileira seja alterada.

Não é mais possível que, no atual desenvolvimento dos Direitos Fundamentais, das teorias penais e do paradigma constitucional garantista de 1988

também para o processo penal, continue-se a instaurar ação penal de qualquer forma, sem maiores critérios, sem análise séria – mesmo que perfunctória – da necessidade, viabilidade e legitimidade de sua instauração.

Assim, não obstante a doutrina e a jurisprudência pátria serem maciças no reconhecimento e aplicação de diversos dispositivos constitucionais e legais para a salvaguarda de direitos e garantias do cidadão, seja na fase investigatória, pré-processo, antes da ação, pré-judicial, quando o indivíduo é mero objeto da investigação (afirmação doutrinária que também precisa ser reestudada, pois o indivíduo ali também é sujeito de direitos, não um mero objeto), seja na fase processual, judicial, na condição de denunciado, acusado ou réu, a verdade é que tem pecado ao admitir – e pouco indicar mudança – o *início* da ação penal, da relação processual, da imputação do epíteto “processado, acusado, denunciado, réu”, a alguém, sem a observância de critérios rígidos, demonstráveis, fundamentados, da necessidade e cabimento da referida ação penal.

A corrente jurisprudencial majoritária e pacífica é a de que postula *não ser necessário fundamentar* a decisão de recebimento da peça inicial acusatória, sob a pífia argumentação de que tal decisão tem a natureza de um *despacho*. Assim, inicia-se uma ação penal, imputando-se ao sujeito o pesado e terrível ônus de ser sujeito passivo desta relação que lhe confere o indesejável *status* de réu, de acusado, apenas por um singelo e vazio despacho, do qual *não* caberá recurso, salvo algumas exceções, além do remédio heróico, em ação própria: o *habeas corpus*.

Ora, beira a ilogicidade, e até mesmo a hipocrisia, haver uma sistemática estabelecida para garantir que, antes e depois de determinada situação – a instauração de uma ação penal –, haja uma gama enorme de princípios e regras a serem observados em prol do investigado/acusado, como se vê da garantia de que não seja preso sem ordem escrita fundamentada da autoridade judiciária ou em situação de flagrante delito; do sigilo das comunicações, vida fiscal e bancária, enfim, da intimidade; como também dos inúmeros instrumentos que regulam a busca e apreensão; a obtenção lícita e legítima de prova; do direito não só de permanecer calado e de não se auto-incriminar, mas, segundo alguns, expandido para o direito de mentir; de negar-se a estar presente, por exemplo, em interrogatórios, reconstituições, acareações; enfim, de ver-se que a Polícia Judiciária – no *antes* – e

o titular da ação penal – no *depois* – tem que embasar e justificar qualquer representação ou requerimento que implique na adoção de medidas repressivas contra direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Pois bem. Sob todo este processo calcado no paradigma constitucional garantista de 1988, vem o jurisdicionado, o sujeito, o alguém, verificar que, findo o inquérito policial – ou de posse de outras peças de informação – em que a regra é a inquisitorialidade, e oferecida uma denúncia com base exatamente nestes instrumentos – que, em tese, devem demonstrar a justa causa, a prova da materialidade delitiva e indícios suficientes da autoria, mas sem contraditório ou contrariedade –, vem o sujeito verificar que o resultado do juízo de prelibação da autoridade judiciária resume-se, muitas e muitas e muitas e muitas vezes, num mero despacho (até por carimbo ou preparado pelo cartório, que já acompanham os autos quando conclusos pela primeira vez ao Juiz) de: “Presente a justa causa, recebo a denúncia. Cite-se. Interrogatório no dia tal”.

Este é o resumo das garantias processuais do indivíduo: um despacho de uma linha, sem fundamentação e sem direito a recurso!

Ocorre que, como visto nos capítulos segundo e terceiro, o direito pátrio e o comparado já apresentaram e apresentam diversas outras formas procedimentais e diversos outros posicionamentos a amparar correntes doutrinárias e jurisprudenciais que exijam fundamentação para a decisão que inicia o processo penal, além de instrumentos que garantam ao até então indiciado meios de se defender no sentido de evitar, de afastar a possibilidade de um processo penal, portador este de todas as mazelas já citadas.

Não se pode mais aceitar que um servidor policial prepare um Relatório, no qual se pode indiciar alguém sem a demonstração cabal dos motivos para tanto – e a autoridade policial apenas “confira por cima”, assine e o encaminhe ao Poder Judiciário. Registrado e dado vista ao Ministério Público, um estagiário prepare a denúncia, utilizando-se apenas daquele Relatório feito pelo servidor policial. Para tanto, apenas faz uma adaptação aos requisitos formais dos artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal, seguindo o modelo básico – ensinado nos cursinhos pré-

concursos, constando de quatro corpos: o cabeçalho, a inserção das elementares do tipo e circunstâncias, a descrição do comportamento típico e a classificação jurídico-penal com requerimento – de modo a não deixá-la (a denúncia) extrinsecamente inepta.

O Promotor de Justiça - assoberbado de serviço, como estava o Delegado de Polícia e estará o Juiz de Direito -, apenas lê a denúncia preparada pelo seu auxiliar para ver se não há absurdo, se está formalmente correta, a assina e encaminha ao Poder Judiciário. Pronto. Está oferecida a denúncia!

Chegando ao Poder Judiciário, o cartório da Vara Criminal (ou da Vara Única) imprime um despacho padrão – quando não se utiliza de carimbo específico – que o Juiz irá assinar, determinando a data para o interrogatório, sem a análise devida dos autos.

Claro que não são todos os feitos em que isso ocorre. Generalizar é um equívoco que desconsidera aqueles profissionais que desempenham sua missão com responsabilidade e zelo acima da média, mas não se pode deixar de constatar a existência de um pragmatismo vil, uma automatização deste procedimento.

Este automatismo deve cessar! Nada o justifica: nem o excesso de trabalho, muito menos a velha tese de que, na instrução criminal, haverá a oportunidade para que a defesa demonstre a improcedência da ação penal e, ao final, o acusado será absolvido.

Os princípios constitucionais, vistos no capítulo quarto, precisam ser efetivamente garantidos e implantados.

Ora, ele (o imputado) não deveria sequer ser processado, se não estavam presentes os elementos necessários para a ação penal, sendo que ao Juiz de Direito caberia ter analisado estes elementos já no momento do recebimento da denúncia ou queixa.

Não se deve poupar de críticas, também, o Ministério Público, que deveria ter, efetivamente, formado e demonstrado sua *opinio delicti*, como ensina a teoria. A autoridade policial, do mesmo modo, deveria ter claramente indicado os elementos indiciários contra o investigado.

Todos estes requisitos e a existência da justa causa deveriam ser analisadas pela autoridade judiciária competente quando da formulação de seu juízo de recebimento, não recebimento ou rejeição da denúncia.

Porém, no contexto atual do sistema processual penal, em sua visão jurisprudencial, apenas a decisão pelo não recebimento ou pela rejeição da denúncia deve ser fundamentada e sujeita a recurso. Já a decisão que recebe a denúncia e que vai sujeitar a pessoa ao processo, emprestando-lhe os epítetos de acusado ou réu, não precisaria ser fundamentada. Admite-se, inclusive, que a decisão seja implícita, e contra este ato não há recurso.

Por isso crê-se que, apenas determinar-se ao Juiz que fundamente a decisão de recebimento da denúncia – o que não necessitaria de alteração legislativa alguma, pois já consta expressamente no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, além de ser uma providência que, mesmo isolada, no mínimo já seria muito bem vinda, pois evitaria muita situação de constrangimento ilegal –, se poderia e deveria ir mais e, com se propôs no quinto capítulo:

- 1) proporcionar uma fase – em qualquer ação penal – para o exercício de defesa preliminar, como, aliás, já existente em diversos procedimentos específicos, como visto no item 3.2, observando-se, desta forma, o princípio da igualdade. Decorrente da defesa apresentada, a autoridade policial poderia rever o indiciamento feito, o *Parquet* aperfeiçoaria sua *opinio delicti* e o Juiz teria mais elementos a analisar quando da apreciação da inicial acusatória; e
- 2) prever recurso específico para a decisão de recebimento da denúncia, nos moldes do Recurso em Sentido Estrito, que poderia não ter caráter suspensivo e subir por instrumento, além de proporcionar ao Juiz *a quo* a possibilidade da retratação frente aos argumentos defensivos. Com isso, diminuir-se-ia muito o uso do *Habeas Corpus*, desafogando os tribunais e valorizando este importante remédio constitucional.

Sugere-se que esta nova etapa, esta nova fase, em face do sistema processual penal brasileiro, melhor seria se inserida ao final da fase policial, após o Relatório (Inicial) e indiciamento do investigado (devidamente fundamentado), oportunidade em que a Defesa seria intimada do término das investigações iniciais e abrir-se-ia prazo para a defesa preliminar, de cunho optativo, conforme for a posição estratégica da defesa técnica.

Assim conclui-se porque, tendo em vista que a peça defensiva poderá apresentar pedido de prova ou sustentar alguma tese desconstitutiva do indiciamento, mas desprovida de prova, a Polícia Judiciária possui os meios e a oportunidade de realizar, de ofício ou a pedido, as diligências necessárias para confirmar ou refutar a teoria defensiva. Desta forma, a própria autoridade policial poderia, num novo Relatório (agora final), retratar-se do seu despacho de indiciamento, mas, em todo caso, fornecendo ao Poder Judiciário e ao Ministério Público a descrição mais próxima possível da realidade dos fatos ocorridos a fim de que este, como *dominus litis*, conheça da apuração e forme – ou não – sua *opinio delicti*. A denúncia, dessa forma, será mais qualificada, mesmo que, em conseqüência, aumentem os pedidos de arquivamento.

Oferecida a denúncia, o magistrado terá à disposição os meios que precisa para decidir pelo recebimento, não recebimento ou rejeição da vestibular, decidindo fundamentadamente – como determinam os princípios da garantia da motivação, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal –, sem a necessidade de adentrar o mérito – como, já se exemplificou, ocorre na sentença de pronúncia.

Assim procedendo, acredita-se que o sistema processual penal brasileiro dará longos passos no caminho do aperfeiçoamento e na observação dos Direitos Fundamentais dos jurisdicionados.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, Joaquim. **Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional**. Madrid: Civitas, 1990.

ARGENTINA. **Código Procesal Penal de la Nación**, disponível em: <[http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/ar/CPPargentina\\_91.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/ar/CPPargentina_91.pdf)>. Acesso em 13 de maio de 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Marcelo Fortes. A Justa Causa e o Recebimento da Denúncia no Anteprojeto do Código de Processo Penal. **Justitia**. São Paulo: n. 78, v. 34. jul./set. 1972, p. 61-70.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de Direito Processual** (segunda série). São Paulo: Saraiva, 1980

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BATISTA, Weber Martins. **Direito Penal e Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BECHARA, Fabio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. **Princípios Constitucionais do Processo Penal**: questões polêmicas. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=231](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=231)>. Acesso em: 15 jan. 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, 3. ed.

BORGES, Edinaldo de Holanda. **O Sistema Processual Acusatório e o Juizado de Instrução**. Disponível em:

<[http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/2camara/informat/Inf\\_01\\_Out.htm](http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/2camara/informat/Inf_01_Out.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2006.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal**. Denúncia, Queixa e Aditamento. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, 2001, n. 1, v. 1, p. 26-51.

DAL POZZO, Araldo Ferraz. **Propostas de Modificações na Estrutura e Forma de Atuação do Ministério Público**. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 1990

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. **Jueces Imparciales, Fiscales “Investigadores” y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal**. Barcelona: PPU, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1984, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1.

DINIZ, José Janguê Bezerra. Princípios Constitucionais do Processo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: n. 739, v. 86, mai. 1997, p. 731-749.

DUARTE, Antônio Gomes. **Do Inquérito à Denúncia**. Belém: CEJUP, 1996.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. O Exame do Inquérito Policial pelo Advogado. **Boletim IBCCIM**. São Paulo, n. 67, p. 2, jun. 1998.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. 1.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. A Necessária Elaboração de uma Nova Doutrina de Ministério Público, Compatível com seu Atual Perfil Constitucional. **JUS – Revista Jurídica do Ministério Público**, Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, v. 16, 1994.

FRANÇA. **Code de Procedure Penale**, versão em espanhol, disponível em <<http://195.83.177.9/code/liste-phtml?lang=esp&c=55>>. Acesso em 05 mai. 2006.

FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Atualização de Eduardo Reale Ferrari (Coord.). Campinas: Millennium, 2000, v.1 e 2.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

FURTADO, Renato de Oliveira. Direito à Assistência de Advogado no Inquérito Policial: breves considerações ao art. 5º, n. LXIII da CF. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 695.

\_\_\_\_\_. O Advogado e o Inquérito Policial. **Âmbito Jurídico**, n. 3, mar. 2001. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dpp0020.html>>. Acesso em 21 ago. 2005.

\_\_\_\_\_. Denúncia: necessidade de fundamentação de seu recebimento. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 682/405.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1

GARCIA VELASCO, Miguel Ibáñez. **Curso de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Universidad de Madrid, 1969

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Aproximação à Garantia da Motivação das Decisões Criminais: aspectos jurisprudenciais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre: ESMP; CEIP, ano 6, n. 11, jan./jun. 2005, p. 69-96.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935

GOMES DA CRUZ, José Raimundo. Justa Causa e Abuso de Poder referentes à Propositura da Ação Penal. **Justitia**. São Paulo: v. 58. abr./jun. 1967, p. 54-71.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. El Ministerio Fiscal, Director de La Investigación. In:\_\_\_\_\_. **Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 120-137.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. **Revista Jurídica**, São Paulo, Escola Superior do Ministério Público, v. 1, n. 1, p. 9, jan./jun. 2001

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

\_\_\_\_\_. **Os Princípios Constitucionais Penais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

\_\_\_\_\_; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio e SCARANCE FERNANDES, Antonio. **As Nulidades no Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_; *et al.* **Recursos no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ITÁLIA. II **Codice de Procedura Penale**, disponível em <[http://www.camerapenale-bologna.org/codice\\_procedura\\_penale.html](http://www.camerapenale-bologna.org/codice_procedura_penale.html)>. Acesso em 20 de abril de 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas Processuais Penais. **Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna**, Juiz de Fora (MG), Instituto Vianna Junior, n. 3, fev. 2006, *on line*. Disponível em: <<http://www.viannajr.com.br/revista/dir/artigos3.asp>>. Acesso em: 30 mar 2006.

LOPES JR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MACIÁ GÓMEZ, Ramón (Org.). **Sistemas de Proceso Penal en Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Do Inquérito Policial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de Investigação Criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. t. IV.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil** (art. 1º ao 153). São Paulo: Memória Jurídica, 2004, t. 4.

MONTERO AROCA, Juan. **Principios del Proceso Penal**. Una Explicación Basada en la Razón. Valência: Tirant lo Blanch Alternativa, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. **Nulidades no Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 1998.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa para a Ação Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto de Almeida, v. 5).

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. **El Período Intermedio del Proceso Penal**. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. III.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal**. O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PELLEGRINO, Laércio. O Posicionamento do Juiz, do Acusado e do Defensor no Processo Penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 552, p. 280.

PEROTO, Marcos Rogério. **A Inconstitucionalidade da Investigação Criminal Realizada pelo Ministério Público**. Monografia (Especialização em Direito Penal e Processual Penal). Curso de Pós-Graduação em Direito, ULBRA, Canoas, 2004.

\_\_\_\_\_. Em Defesa da Legalidade. **O Informativo**. Lajeado, p. 2, 03 ago. 2004.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Apontamentos Sobre o Processo Criminal Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1922.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Posição Institucional da Polícia. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: Centro de Estudos, n. 29, out. 1986, p. 251.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Bolsoi, 1970.

PORTANOVA, Ruy. **Princípios do Processo Civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTUGAL. **Código do Processo Penal**, disponível em <<http://www.portolegal.com/CPPen.htm>>. Acesso em 08 de abril de 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. 2. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A Fase Preparatória do Processo Penal: tendências na Europa. O caso português. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, jul./set. 2002, p. 9-27.

RUIZ VADILLO, Enrique. **El Derecho Penal Sustantivo y el Proceso Penal – Garantías Constitucionales Básicas en la Realización de la Justicia**. Madrid: Colex, 1997.

SALLES, Carlos Alberto de. Entre a Razão e a Utopia: a Formação Histórica do Ministério Público. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Reinaldo Porto (Coord.). **Ministério Público II: Democracia**. São Paulo: Atlas, 1999.

SANCHOTENE, Salise Monteiro. **Julgamento Antecipado da Ação Penal: Ilegitimidade de Parte**. Brasília: Revista CEJ, n. 10, abr. 2000.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Reação Defensiva à Imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. Lisboa: Verbo, 1994, v. 1.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: J.M.Bosch, 1992

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 4 v.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOVO, Paulo Cláudio. Decisões Preambulares no Processo Penal Condenatório: natureza jurídica e recorribilidade. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, n. 59/278-282.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Direito Processual Penal**. Estudo sistemático. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VIEIRA PINTO, Adilson José. O Inquérito Policial à Luz dos Direitos e Garantias Individuais da Constituição Federal de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. n. 27, p. 253.

## ANEXOS

ANEXO A - Projeto de Lei nº 4.207, de 12.03.2001, que altera dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos, com respectiva Exposição de Motivos do Ministério da Justiça e Voto em Separado do Deputado Federal Luiz Antonio Fleury Filho.

**ANEXO À EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS  
DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA  
Nº 24 DE 25-1-2001**

1. Síntese do problema ou da situação que reclama providências:

É necessário racionalizar, agilizar e modernizar o sistema recursal.

2. Soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta:

Alterar dispositivos do Código de Processo Penal relativos aos recursos e ações de impugnação.

3. Alternativas existentes às medidas ou atos propostos:

Projeto de Lei nº 970, de 1999, de autoria do Deputado José Roberto Batochio, que modifica os arts. 382 e 619 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), alterando o prazo para oposição de embargos declaratórios, aumentando para cinco dias, sempre que houver obscuridade, ambigüidade, contradição e omissão;

Projeto de Lei nº 2.926, de 2000, de autoria do Deputado José Roberto Batochio, que acrescenta parágrafo ao art. 578 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), tornando obrigatória a entrega em duas vias, do recurso em que se alegar falta de fundamentação da decisão recorrida, devendo a segunda via ser encaminhada ao órgão de controle da atividade judicial;

Projeto de Lei nº 666, de 1999, de autoria do Deputado Glycon Terra Pinto, que altera a redação do art. 594 do Decreto-Lei 3.689, de 1941 – Código de Processo Penal –, dispondo que o réu acusado de crime hediondo não poderá apelar nem pagar fiança, sem recolher-se à prisão;

Projeto de Lei nº 427, de 1999, de autoria do Deputado Rubens Bueno, que revoga os arts.

607 e 608 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, – Código de Processo Penal,

revogando o instituto do protesto por novo júri;

Projeto de Lei nº 275, de 1999, de autoria do Senador Luiz Estevão, que dá nova redação ao parágrafo único do art. 609, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, que institui o Código de Processo Penal.

4. Custos:

5. Conformidade com o disposto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000:

6. Razões que justificam a urgência:

7. Impacto sobre o meio ambiente:

8. Alterações proposta:

Texto atual

Texto proposto

9. Síntese do parecer do Órgão Jurídico

Aviso nº 215 – C. Civil

Em 8 de março de 2001

Senhor Primeiro Secretário,

Encaminho a essa Secretaria Mensagem do Excelentíssimo Senhor Presidente da República relativa ao projeto de lei que "Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos aos recursos e ações de impugnação, e dá outras providências".

Atenciosamente, **Pedro Parente**, Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

A Sua Excelência o Senhor  
Deputado Severino Cavalcanti  
Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados  
BRASÍLIA – DF

**PROJETO DE LEI Nº 4.207, DE 2001  
(Do Poder Executivo)**

**MENSAGEM Nº 213/01**

**Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos.**

(À Comissão de Constituição e Justiça e de Redação)

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 63. ....

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do art. 387, VII, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido." (AC)

"Art. 257. Ao Ministério Público cabe:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e

II – fiscalizar a execução da lei." (NR)

"Art. 366. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação pessoal, ou com hora certa, do acusado.

§ 1º Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital.

§ 2º Não se aplicará o disposto no § 1º se o acusado furtar-se, de qualquer modo, a receber a citação; caso em que, certificada a ocorrência pelo oficial de justiça encarregado da diligência, ela será efetuada com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 do Código de Processo Civil.

§ 3º Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor, passando a correr o prazo para oferecimento de defesa, na forma da lei.

§ 4º Não comparecendo o acusado citado por edital, nem constituindo defensor:

I – ficará suspenso o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição (art. 109 do Código Penal); decorrido esse prazo, recomençará a fluir o da prescrição;

II – o juiz, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou de ofício, determinará a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

III – o juiz poderá decretar a prisão preventiva do acusado, nos termos do disposto nos arts. 312 e 313.

§ 5º As provas referidas no inciso II do § 4º serão produzidas com a prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor nomeado pelo juiz.

§ 6º Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes.”(NR)

“Art. 363. A citação ainda será feita por edital quando inacessível, em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu.”(NR)

“Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença.

§ 2º A providência prevista no **caput** deste artigo poderá ser adotada pelo juiz no recebimento da denúncia ou queixa.

§ 3º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 4º Tratando-se de infração da competência do Juizado Especial Criminal, a este serão encaminhados os autos.(NR)

“Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público poderá aditar a denúncia ou queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Ouvido o defensor do acusado e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 2º Aplicam-se ao previsto no **caput** deste artigo as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 383.

§ 3º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de três dias.

§ 4º Não recebido o aditamento, a audiência prosseguirá.”(NR)

“Art. 387.....

VII – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar (art. 319), sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.”(NR)

## “LIVRO II

### Do Procedimento

#### TÍTULO I

#### Das Formas Procedimentais

##### CAPÍTULO I

#### Disposições Aplicáveis às Formas Procedimentais

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 pena máxima cominada seja igual ou superior a quatro anos de prisão;

II – sumário, quando tiver por objeto crime cuja pena máxima cominada seja inferior a quatro anos de prisão;

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

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

§ 3º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento observará as disposições estabelecidas nos arts. 406 a 497 deste Código.

§ 4º As disposições dos arts. 395 a 398 aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário.”(NR)

“Art. 395. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias, contados da data da juntada do mandado aos autos ou, no caso de citação por edital, do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

§ 1º Na resposta o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e, dependendo o comparecimento de intimação, requerê-la desde logo.

§ 2º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112.

§ 3º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará dativo para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por dez dias.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em cinco dias.

§ 5º Entendendo imprescindível, o juiz determinará a realização de diligências, no prazo máximo de dez dias, podendo ouvir testemunhas e interrogar o acusado.”(NR)

“Art. 396. O juiz, fundamentadamente, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa.

Parágrafo único. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

- I – for manifestamente inepta;
- II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;
- III – faltar justa causa para o exercício da ação.”(NR)

“Art. 397. Considerando plenamente comprovada a improcedência da acusação ou a existência ma-

nifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade, o juiz absolverá sumariamente o acusado, facultada às partes a prévia produção de provas.”(NR)

“Art. 398. Contra a sentença de absolvição sumária ou contra a decisão que rejeitar a denúncia ou queixa, caberá recurso de apelação.

Parágrafo único. Da decisão que rejeitar parcialmente a acusação caberá agravo.”(NR)

“Art. 399. Recebida a acusação, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o Estado providenciar sua apresentação.

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.”(NR)

## “CAPÍTULO II

### Do Procedimento Ordinário

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de trinta dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, 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.

Parágrafo único. As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.”(NR)

“Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até oito testemunhas arroladas pela acusação e oito pela defesa.

§ 1º Nesse número não se compreendem as que não prestem compromisso e as referidas.

§ 2º A parte, com anuência da outra, poderá assistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209.”(NR)

“Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.”(NR)

“Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais, por vinte minutos, respectivamente, pela

acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais dez, proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos dez minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de cinco dias, sucessivamente, para a apresentação de memoriais.

Nesse caso, terá o prazo de dez dias para proferir a sentença.”(NR)

“Art. 404. Ordenada diligência considerada imprescindível, de ofício, ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais.

Parágrafo único. Realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de cinco dias, suas alegações finais, por memorial e, no prazo de dez dias, o juiz proferirá a sentença.”(NR)

“Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

Parágrafo único. Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. Na forma por último indicada, será encaminhado ao Ministério Público o registro original, sem necessidade de transcrição.”(NR)

#### “CAPÍTULO V

##### **Do Procedimento Sumário**

“Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 15 dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pelas acusações 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 e procedendo-se, finalmente, ao debate.”(NR)

“Art. 532. Na instrução poderão ser inquiridas até cinco testemunhas arroladas pela acusação e cinco pela defesa.”(NR)

“Art. 533. Aplica-se ao procedimento sumário o disposto no parágrafo único do art. 400.”(NR)

“Art. 534. As alegações finais serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, proferindo, o juiz, a seguir, sentença.

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos dez minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.”(NR)

“Art. 535. Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.”(NR)

“Art. 536. A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no art. 531.”(NR)

“Art. 537. O procedimento sumário será concluído no prazo máximo de noventa dias.”(NR)

“Art. 538. Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o sumário previsto neste capítulo.”

Art. 2º Ficam revogados os arts. 43, 362 e 498 a 502 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal.

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação, aplicando-se aos processos em que ainda não houve o recebimento da denúncia ou queixa e ainda que os procedimentos não sejam regulados pelo Código de Processo Penal.

Brasília,

*LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA  
COORDENAÇÃO DE ESTUDOS LEGISLATIVOS –  
CeDI*

### **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 1988**

.....

#### **TÍTULO IV Da Organização dos Poderes CAPÍTULO I Do Poder Legislativo**

.....

#### **SEÇÃO VIII Do Processo Legislativo**

.....

**LEI Nº 9.999, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995****Dispõe Sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá Outras Providências.****CAPÍTULO I  
Disposições Gerais**

Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

**Ministério da Justiça  
Gabinete do Ministro****PORTARIAS DE 20 DE JANEIRO DE 2000**

O Ministro de Estado da Justiça, usando da competência atribuída pelo inciso I. do art. 1º, do Decreto nº 2.947, de 26 de janeiro de 1999, resolve:

Nº 61 – Art. 1º Constituir Comissão, integrada pelos seguintes juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual: Ada Pellegrini Grinover, Petrónio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti, para no prazo de 90 dias, a partir da sua instalação, apresentar propostas visando a reforma do Código de Processo Penal Brasileiro.

Art. 2º A Comissão terá como presidente e secretário, respectivamente, a Professora Ada Pellegrini Grinover e o Promotor de Justiça Petrónio Calmon Filho.

Art. 3º A Comissão apreciará os projetos apresentados pelo Ministério da Justiça em 1994, fruto do trabalho da comissão anterior da qual oito dos membros da atual comissão participaram.

Art. 4º As propostas serão amplamente divulgadas, visando ao recebimento de sugestões da sociedade.

Art. 5º Os trabalhos da comissão, considerados de interesse público relevante, serão realizados sem remuneração.

Art. 6º O apoio necessário à realização dos trabalhos será prestado pela Secretaria de Assuntos Legislativos. – José Carlos Dias.

**MENSAGEM Nº 213**

Senhores Membros do Congresso Nacional,

Nos termos do artigo 61 da Constituição Federal, submeto à elevada deliberação de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça, o texto do projeto de lei que "Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos".

Brasília, 8 de março de 2001. **Fernando Henrique Cardoso.**

EM Nº 23 -MJ

Brasília, 25 de janeiro de 2001

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à consideração de Vossa Excelência o anexo Projeto de lei que altera dispositivos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.

2 A presente proposição foi elaborada pela Comissão constituída pela Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, integrada pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, Petrónio Calmon Filho, que a secretariou, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco, Rogério Lauri Tucci e Sidnei Beneti.

3. A proposta foi amplamente divulgada, tendo sido objeto de diversos debates com os seguidores da sociedade envolvidos com o tema, cujo ponto alto aconteceu na ocasião das III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, ocorridas em Brasília, nos dias 23 a 26 de agosto de 2000.

4. Pelos abalizados argumentos trazidos pela douta Comissão para justificar sua proposta, convém transcrevê-los, na íntegra:

"Este anteprojeto visa a aperfeiçoar a redação dos arts. 366, 383 e 384 do Código de Processo Penal, bem como a alterar os dispositivos a respeito dos procedimentos adotados por este estatuto legal, tratando, ainda, dos efeitos civis da sentença penal condenatória e da função privativa do Ministério Público para a promoção da ação penal pública.

**A – A alteração dos arts. 366, 383 e 384:**

1. Com relação ao art. 366, objetiva o anteprojeto, no aspecto técnico, superar a falha consistente em ter-se como suspenso um processo ainda não completamente formado, sanando-a na forma preconizada no **caput** da nova redação. E, quanto ao prático, solucionar, de sorte a evitar conhecidas e desnecessárias discussões, os pontos controvertidos na aplicação da Lei nº 9271, de 17 de abril de 1996, quais sejam:

a) o referente à situação do acusado que, para não comparecer, propositadamente furta-se ao recebimento da citação inicial;

b) a fixação, com exação, do lapso prescricional determinante da extinção da punibilidade do acusado;

c) a atribuição ao juiz, seja a requerimento do autor da ação penal, seja de ofício, da ordenação da produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, e observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medidas;

d) a produção dessas provas com a presença, inafastável, do Ministério Público e de defensor nomeado para o acusado;

e) definitiva formação do processo, efetuada a citação por edital, somente quando do comparecimento do acusado em juízo, efetivamente defendendo-se.

Desse modo, como facilmente perceptível, além de tecnicamente aperfeiçoado, o dispositivo ficará livre dos debates que, diuturnamente, têm prejudicado, e muito, sua correta aplicação.

2. Em relação aos arts. 383 e 384, o anteprojeto trata de garantir o contraditório na **emendatio libelli** e de estabelecer nova sistemática para a **mutatio libelli**, exigindo a exata correlação entre acusação e sentença.

**B – A alteração nos procedimentos:**

3. Os procedimentos previstos no vigente Código de Processo Penal muito se distanciam dos objetivos do processo moderno, especialmente no que diz respeito à ceteridade, à defesa efetiva e ao sistema acusatório. O procedimento sumário, conforme estabelecido no Código, permite que a ação penal seja exercida p<sup>o</sup>e próprio juiz e pela autoridade policial, o que não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, razão pela qual desde 1988 não vem sendo aplicado, tornando letra morta diversos dispositivos do Código.

No atual procedimento ordinário, o fracionamento da instrução jamais encontrou qualquer justificativa que pudesse compensar a demora excessiva que proporciona à prestação jurisdicional. Além disso, a identidade física do juiz, obrigatória no processo civil, não encontra qualquer previsão no processo penal.

Para garantir a eficácia do processo e a ampla defesa, visando a favorecer a punibilidade concreta das infrações penais, mantendo-se todas as garantias do acusado, previstas na Constituição Federal, leis e tratados celebrados pelo Brasil, estão sendo propostos procedimentos penais ágeis e objetivos, cuja dinâmica será facilmente notada pela sociedade.

São adotadas técnicas novas que garantem o cumprimento de seu objetivo, tais como a efetiva defesa do acusado antes do exame da admissibilidade da denúncia; a obrigatoriedade de fundamentação da decisão que recebe ou rejeita a denúncia; interrogatório do acusado somente após a produção da prova; procedimento oral, realizado em uma só audiência, ocasião em que serão ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, interrogado o acusado, produzidas as alegações finais das partes e prolatada a sentença. O juiz poderá rejeitar a acusação, liminarmente ou no momento do recebimento da denúncia ou queixa, bem como absolver sumariamente o acusado, após facultar às partes a produção de provas.

Um destaque deve ser conferido à economia de esforços e recursos que o anteprojeto proporciona, pois se atualmente o acusado comparece quatro vezes em juízo, com a modificação ora proposta comparecerá apenas uma, ocasião em que participará dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, será interrogado e será intimado da sentença. Tratando-se de acusado preso, a nova sistemática implicará economia na ordem de 75% de recursos com viaturas, combustível e escolta, que poderão ser disponibilizados para a atividade policial específica. Mas, em contrapartida, garante-se a requisição do acusado preso, incumbindo ao Estado sua apresentação, como garantia efetiva da autodefesa, exercida em contato direto com o juiz da causa.

O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo, este já adotado pela Lei nº 9.099/95 para as infrações penais de menor potencial ofensivo. O procedimento sumário será aplicado no caso de crime punível com pena máxima inferior a quatro anos e o procedimento ordinário nos demais.

No procedimento sumário poderão ser arroladas até cinco testemunhas pelas partes e não se autoriza qualquer exceção para a concentração dos atos em uma única audiência. O procedimento ordinário permite que cada parte arrole até oito testemunhas e que, por exigência da complexidade dos fatos, as alegações finais e a sentença possam ser elaboradas por escrito.

Disposição expressa constante do anteprojeto faz com que normas atinentes à defesa anterior ao recebimento da denúncia sejam aplicáveis em todos os

procedimentos penais, ainda que não previstos no Código de Processo Penal. Assim, proporciona-se uma uniformidade de procedimentos, com a inclusão da inovação acima referida a todo o processo penal.

#### **C – O monopólio da ação penal pública pelo Ministério Público**

4. Em consonância com a Constituição de 1988, o art. 257 do Código teve sua redação modificada, para deixar claro que o exercício da ação penal pública é privativa do Ministério Público.

#### **D – Efeitos da sentença penal condenatória**

5. Em benefício da vítima, que ocupa lugar de destaque no processo penal contemporâneo, o art. 387 do Código de Processo Penal, que cuida da sentença penal condenatória, teve acrescido um inciso (VII), estipulando que nela o juiz fixe, desde logo, valor mínimo para reparação dos danos provocados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; e ao art. 63, atinente aos efeitos civis da sentença penal, foi acrescentado o parágrafo único, determinando que, transitada em julgado a referida sentença, a execução pode ser efetuada pelo valor fixado pelo juiz, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

Desse modo, a vítima poderá ser desde logo satisfeita, embora parcialmente, sem necessidade de aguardar as delongas do processo civil de liquidação.

6. Na sentença penal condenatória, o juiz deverá, nos termos do novo parágrafo único do art. 387, decidir fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo da apelação que vier a ser interposta.

Assim, a antiga prisão decorrente de sentença penal condenatória, contrária à presunção de inocência tutelada pela Constituição de 1988, só pode subsistir desde que reconduzida à prisão cautelar, não sendo mais considerada a falta de comparecimento para o cárcere ou a fuga requisito de admissibilidade da apelação, em consonância, agora, com a Declaração Americana sobre os Direitos do Homem.

5. Estas são, em síntese, as normas que integram o projeto que ora submeto ao elevado descortino de Vossa Excelência, acreditando que, com elas, estar-se-á dotando o processo penal de instrumentos eficazes e consentâneos com o ordenamento constitucional vigente.

Respeitosamente, – **Jose Gregori**, Ministro de Estado da Justiça.

#### **ANEXO À EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA Nº23 DE 25-1-2001**

1. Síntese do problema ou da situação que reclama providências:

É necessário aperfeiçoar dispositivos do Código de Processo Penal.

2. Soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta:

Alterar dispositivos do Código de Processo Penal relativos à suspensão do processo, **emendatio libelli, mutatio libelli** e aos procedimentos.

3. Alternativas existentes às medidas ou atos propostos:

Projeto de lei nº 1.233, de 1999, de autoria do Deputado Luiz Antônio Fleurv, que modifica a redação dos arts. 60, 10, 16, 23, 28, 185, 195, 366, e 414 do Código de Processo Penal, alterando os critérios para realização do inquérito policial e possibilitando o interrogatório e audiência a distância, por meio telemático, através de um canal reservado de comunicação entre o réu e seu defensor ou curador;

Projeto de lei nº 2.627, de 1999, de autoria do Senador Carlos Patrocínio, que altera o disposto no art. 366 da Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, para estabelecer que não terá direito à prescrição retroativa o acusado que, citado por edital, não atender à convocação deste.

4. Custos:

5. Conformidade com o disposto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000:

6. Razões que justificam a urgência:

7. Impacto sobre o meio ambiente:

8. Alterações proposta: (a ser preenchido somente em caso de alteração de medidas provisórias)

Texto atual Texto proposto

9. Síntese do parecer do Órgão Jurídico

Aviso nº 216 – C. Civil.

Em 8 de março de 2001.

A Sua Excelência o Senhor  
Deputado Severino Cavalcanti  
Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados  
Brasília-DF.

Senhor Primeiro Secretário,

Encaminho a essa Secretaria Mensagem do Excelentíssimo Senhor Presidente da República relativa ao projeto de lei que "Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, **emendatio libelli, mutatio libelli** e aos procedimentos".

Atenciosamente, – **Pedro Parente**, Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

# COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO

## PROJETO DE LEI N° 4.207, DE 2001.

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, — Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.

**Autor:** PODER EXECUTIVO

**Relator:** Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL

VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO LUIZ ANTONIO FLEURY

### I - RELATÓRIO

Trata o projeto de dispositivos que alteram normas do Código de Processo Penal, relativo à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.

## II - VOTO

Em que pese o respeito e a admiração que temos pelos juristas que elaboraram o Projeto de Lei enviado pelo Poder Executivo, bem como o profundo conhecimento do ilustre Relator, Deputado Ibrahim Abi-Ackel, referência desta Casa em matéria de Direito, permito-me sugerir algumas alterações ao texto proposto, que, salvo melhor juízo, poderão contribuir para a celeridade da resposta do Estado à prática do crime.

O projeto se propõe a modernizar a legislação processual penal brasileira na busca de três objetivos básicos: a celeridade dos procedimentos, a garantia da defesa efetiva e o aperfeiçoamento do sistema acusatório.

Nesse sentido, por exemplo, o projeto introduz no processo penal a citação com hora certa, para aquelas situações em que se evidencia que o denunciado está se furtando a tomar ciência da acusação. A providência é adequada, não se justificando, porém, a remessa ao Código de Processo Civil, já que se está tendo a oportunidade de regulá-la na própria lei processual penal.

A suspensão do processo, conforme proposto, cria um novo marco interruptivo da prescrição, embora falando em suspensão do prazo prescricional. Na verdade, tratando-se de causa suspensiva, a prescrição só poderá voltar a correr a partir do comparecimento do acusado.

Afigura-se contrária aos propósitos da própria reforma a possibilidade de *emendatio libelli* por ocasião do recebimento da denúncia ou queixa, justamente quando se pretende, como dito, aperfeiçoar o sistema acusatório.

As linhas gerais para os procedimentos atendem à tradição do processo penal brasileiro, ao estabelecer que o procedimento será comum ou especial.

O procedimento comum dividindo-se em ordinário (para crimes com pena máxima igual ou superior a quatro anos), sumário (para delitos com pena máxima inferior a quatro anos) e sumaríssimo (para as infrações de menor potencial ofensivo). O último já previsto na Lei 9.099/95 e os dois primeiros regulados pelo

projeto; em relação a estes, o projeto, manifesta o propósito de simplificá-los e condensá-los, evitando o seu desdobramento em múltiplas audiências.

Pelo Projeto, nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, determinará a citação do acusado para oferecer defesa preliminar em dez dias. Nessa defesa, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que lhe possa interessar, além de especificar as provas que pretende produzir. Ouvido o Ministério Público, o juiz, se entender imprescindível, pode determinar a realização de diligências, inclusive oitiva de testemunhas e interrogatório. Só depois receberá ou rejeitará a denúncia ou queixa, ou, então, absolverá sumariamente o acusado. Se receber a denúncia, designará então a audiência de instrução e julgamento, quando serão produzidas as provas requeridas pelas partes e deferidas pelo juiz.

A defesa preliminar, antecedendo o interrogatório, torna-se realmente indispensável para a concentração de todos os atos probatórios em uma única audiência, como pretende a proposta.

O que se revela inadequado é a possibilidade de produção de prova testemunhal antecedente ao recebimento da denúncia (art. 395), eis que ela não dispensará a renovação dessa mesma prova por ocasião da audiência de instrução e julgamento.

Não se consegue vislumbrar qual o objetivo prático da medida, já que o denunciado terá constituído advogado e, de qualquer maneira, estará submetido ao 'processo' (mesmo que a denúncia ainda não tenha sido recebida).

Quais serão as provas que as partes pretenderão produzir nesse momento? Acaso não serão exatamente as que haverão de produzir na audiência de instrução e julgamento?

E a possibilidade de absolvição sumária (facultada às partes a prévia produção de provas), ou seja, exame de mérito, antes mesmo do recebimento da denúncia? É exatamente isto que se conclui da leitura dos arts. 397 (que trata da absolvição sumária) e 399 (que só então trata do recebimento da denúncia).

Evidentemente esta solução é incompatível com o sistema, eis que se teria exame de mérito sem processo.

Parece claro que a proposta não está pretendendo que o juiz absolva sumariamente o réu com base nos elementos que instruem a denúncia, até porque no Projeto sobre **Provas** vem estabelecido que o “juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ...” (redação dada ao art. 155).

Na realidade, para a produção dessas provas, não teremos como fugir de, pelo menos, uma audiência sempre que for caso de inquirição de testemunhas.

Note-se que as possibilidades de rejeição liminar da denúncia estão mantidas, inclusive no que diz respeito à justa causa. Assim, não se vê razão para o estabelecimento desta ampla dilação probatória, na verdade a mesma da audiência de instrução e julgamento, em momento que a antecede.

Teríamos, na prática, a duplicação dos atos instrutórios em evidente prejuízo da buscada celeridade, e sem que nada se acrescentasse em termos de garantia da defesa. Até porque, com a defesa preliminar já se está ensejando um exame mais aprofundado dos elementos necessários ao recebimento da denúncia.

Quanto à criação de recurso específico do recebimento da denúncia, com a devida vênia, o projeto revela posição doutrinária equivocada em relação a esse momento do processo. Sabido que para o oferecimento e conseqüente recebimento da inicial acusatória, basta um ‘juízo de fundada suspeita’, como já consagrado na doutrina e na jurisprudência. A certeza se obterá no processo.

De qualquer forma, o controle sobre eventuais abusos está consagrado através do *habeas corpus*, não sendo necessário acrescentar-se um novo recurso ao rol já reconhecidamente demasiado de hipóteses de inconformidade.

A audiência deve ser única e no procedimento sumário as alegações finais serão sempre orais. Admite-se, excepcionalmente, no procedimento ordinário, a sua substituição por memoriais. Consagra-se ainda o sistema do interrogatório do

r eu apenas no final da audiência, depois de produzida a prova, sem, no entanto exigir que este deponha sob compromisso.

Diante do exposto, apresentamos substitutivo, para corrigir o que se entende como impropriedades do projeto governamental.

São mantidas todas as hipóteses de rejei o da denúncia, inclusive no que diz respeito   falta de justa causa, mas afasta-se a dila o probatória antes do recebimento da inicial e, com isso, não se permite a absolvi o sumária (que seria impossível, na prática, sem ampla produ o de prova). Remete-se de pronto, desde que recebida a denúncia, para a audiência de instru o e julgamento, evitando-se, sobretudo, a repeti o dos atos instrutórios, o que determinaria inevitável prejuízo   pretendida celeridade.

Sala da Comissão, em 12 de março de 2002.

**Deputado LUIZ ANTONIO FLEURY FILHO**

## **ANEXOS**

ANEXO B - Projeto de Lei n° 4.206, de 12.03.2001, que altera dispositivos do Código de Processo Penal, relativos aos recursos e ações de impugnação, e dá outros provimentos, com respectiva Exposição de Motivos do Ministério da Justiça e Voto em Separado do Deputado Federal Luiz Antonio Fleury Filho.

**ANEXO À EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS  
DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA  
Nº 25 DE 25-1-2001**

1. Síntese do problema ou da situação que reclama providências:

Há necessidade de adequar o estatuto processual à ordem constitucional vigente, no que se refere à participação efetiva das partes nas atividades processuais, especialmente aquelas em que se forma o material probatório.

2. Soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta:

Alterar dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova.

3. Alternativas existentes às medidas ou atos propostos:

Projeto de lei nº 3.421, de 2000, de autoria do Deputado José Roberto Batochio, que altera a redação do § 1º do art. 159 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), dispondo que não havendo perito oficial, o exame será realizado por perito integrante do quadro de peritos da respectiva circunscrição judiciária;

Projeto de lei nº 3.888, de 2000, de autoria do Deputado Qsmar Serraglio, que acrescenta o § 3º ao art. 159 do Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), autorizando a realização de perícia por apenas um perito leigo, nas comarcas onde não houver perito oficial

4. Custos:

5. Conformidade com o disposto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000:

6. Razões que justificam a urgência:

7. Impacto sobre o meio ambiente:

8. Alterações proposta: (a ser preenchido somente em caso de alteração de medidas provisórias)

Texto atual    Texto proposto

9. Síntese do parecer do Órgão Jurídico

Aviso nº 214 – C. Civil

A Sua Excelência o Senhor  
Deputado Severino Cavalcanti  
Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados  
Brasília-DF

Em 8 de março de 2001

Senhor Primeiro Secretário,

Encaminho a essa Secretaria Mensagem do Excelentíssimo Senhor Presidente da República relativa ao projeto de lei que "Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências".

Atenciosamente, **Pedro Parente**, Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

**PROJETO DE LEI Nº 4.206, DE 2001  
(Do Poder Executivo)**

**MENSAGEM Nº 212/01**

**Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos aos recursos e ações de impugnação, e dá outras providências.**

(À Comissão de Constituição e Justiça e de Redação)

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"LIVRO III

**Das Nulidades, dos Recursos e das Ações de Impugnação**

TÍTULO II

**Dos Recursos em Geral**

CAPÍTULO I

**Disposições Gerais**

"Art. 574. Os recursos serão voluntários."(NR)

"Art. 575. Não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão do serviço judiciário, não tiverem seguimento ou não forem apresentados no prazo."(NR)

"Art. 577. São legitimados a recorrer o Ministério Público, o querelante, o ofendido nas hipóteses previstas em lei e o acusado ou seu defensor.

Parágrafo único....."(NR)

"Art 578. O recurso será interposto por petição, acompanhada de razões.

Parágrafo único. Ao acusado é facultado interpor o recurso pessoalmente, por termo nos autos, devendo nessa hipótese ser intimado seu defensor para arrazoa-lo no respectivo prazo."(NR)

"Art. 580. No caso de concurso de pessoas (Código Penal, art. 29), a decisão do recurso interposto por um dos acusados, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros."(NR)

"Art. 581. Caberá recurso da sentença e da decisão interlocutória.

§ 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito.

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o Juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)