

# Os Procedimentos e a Reforma

Fábio Roque Sbardelotto

## 1. Considerações introdutórias

Vivemos em um país no qual o sistema jurídico tem sido constantemente objeto de inovações legislativas de toda ordem.

Constantemente são verificadas alterações na legislação vigente, fenômeno que nos permite concluir pela existência de uma intensa defasagem no arcabouço jurídico. Esta é, aliás, a mensagem transmitida pelo legislador no desempenho de sua incansável tarefa de reformar a legislação em vigor dioturnamente.

Ocorre, no entanto, que o esforço realizado pelo legislador pátrio se apresenta um tanto desordenada, assistemática e, por isso, contraproducente em determinados momentos. Tem-se a impressão de que nosso legislador, apesar de desenvolver enormes esforços, lançou-se na tarefa de realizar uma obra sem haver um roteiro ou projeto que lhe permitisse produzir resultados com linhas harmônicas, com arquitetura definida e planejamento de resultados. Na comparação com a vida real, é como se existisse um prédio de apartamentos que vai sendo demolido para a construção de um novo empreendimento pelos proprietários, cada um deles passando a sobrepor tijolos no novo imóvel conforme sua vontade. O resultado, evidentemente, poderá comprometer a obra e o desiderato inicial do empreendedor.

Veja-se, desde logo, que nosso legislador lançou mão de três leis para modificar em parte o Código de Processo Penal, isto é, Leis n.ºs 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08, fatiando o processo reformador. Foi-se o tempo em que se conseguia reunir um grupo de juristas capazes de esboçar projetos sistematizados e completos de codificação da legislação pátria.

O resultado da metodologia adotada, que produz leis reformadoras de maneira tópica e espaçada, sem ocorrer um liame entre os

conteúdos e sequer o despertar para a possibilidade de contradições e incongruências, é por vezes pouco alentador. Colhem-se frutos que representam avanços e, ao mesmo tempo, retrocessos, porquanto determinados dispositivos contidos nos textos legislativos apresentam-se conflitantes e fomentam interpretações díspares, conclusões divergentes e, ao final, a geração de inconformidades que serão manifestadas em forma de recursos e nulidades.

De qualquer sorte, temos de saudar a boa vontade do legislador e conviver com a realidade posta, buscando nos instrumentos legislativos apresentados à sociedade o verdadeiro sentido da existência do processo penal, isto é, servir de sustentáculo eficaz para a aplicação do direito material que, em essência, destina-se a produzir paz social e bem estar aos cidadãos. Conforme será exposto, no cotejo entre as eventuais impropriedades que serão apontadas na novel legislação e o conjunto de normas revogadas, evidentemente podem ser verificados avanços importantes. Porém, diversas incongruências deverão ser superadas.

Formuladas as considerações iniciais, verificamos que anteriormente à entrada em vigor das Leis n.ºs 11.689/08 e 11.719/08, vigorava no Brasil uma gama enorme de procedimentos de natureza processual penal. No dizer de Tourinho Filho, *pela leitura do nosso CPP, conclui-se que o legislador admitiu três tipos de procedimento: a) o denominado comum, que se bifurca em solene e soleníssimo, o primeiro destinado aos crimes apenados com reclusão, da competência do juiz singular, e o segundo, para os da alçada do Tribunal do Júri; b) os especiais; e c) o destinado aos processos da competência originária do STF e os dos Tribunais de Justiça.*<sup>1</sup> Entretanto, o aludido autor, após refletir sobre dita classificação, reconhece-a *absolutamente empírica e sem sistema*. Conclui, por isso, por dividir os procedimentos existentes em *procedimento de foro pela prerrogativa de função* e *procedimento de foro sem prerrogativa de função*.<sup>2</sup>

Mirabete, por sua vez, apresenta a classificação dos procedimentos existentes destacando a divisão verificada em nosso Código de Processo Penal. Por isso, dispõe que *no Livro II, trata o Código de Processo Penal dos processos em espécie, divididos em processo comum (arts. 394 a 502) e processos especiais (arts. 513 a 562)*. Reconhece, conforme destacado pela maioria dos

<sup>1</sup> FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 4, p. 25-26.

<sup>2</sup> Op. Cit. p. 26.

doutrinadores pátrios, a impropriedade terminológica encontrada no Código quando denomina de processo aquilo que, em essência, representa procedimento, porquanto este se refere à seqüência, concatenação ou ordenação de atos processuais em cada processo, enquanto o processo representa o conjunto de determinados atos processuais, maior ou menor.<sup>3</sup>

Em nosso sentir, a despeito de o Código de Processo Penal indicar a existência do “Processo Comum” a partir do artigo 394, nele incluindo o “Processo dos crimes da competência do Júri” e o “Processo” dos crimes apenados com reclusão até o parágrafo único do artigo 502, passando a elencar o rol dos “Processos Especiais” a partir dos artigos 503 até 540<sup>4</sup>, além de serem verificados diversos outros procedimentos especiais na legislação esparsa, parece-nos apropriado destacar a seguinte identificação relativa aos procedimentos vigentes até a edição da novel legislação reformadora:

**1) Procedimentos Comuns.** Neles encontram-se os procedimentos alusivos à natureza das penas privativas da liberdade de reclusão e detenção. São eles:

- a) Procedimento Comum Ordinário para crimes apenados com reclusão;
- b) Procedimento Comum Sumário para crimes apenados com detenção.

**2) Procedimentos Especiais.** Aqueles relativos à natureza de determinadas infrações penais ou à prerrogativa de função. São eles:

- a) Procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri;
- b) Procedimento para crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública (artigos 513 a 523 do CPP);
- c) Procedimento para crimes de calúnia, difamação e injúria quando não forem da competência dos juizados especiais

<sup>3</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 487.

<sup>4</sup> Artigos 503 a 512 revogados pela Lei n.º 11.101/95.

criminais (artigos 519 a 523 do CPP);

d) Procedimento para os crimes contra a propriedade imaterial (artigos 524 a 530 do CPP);

e) Procedimento para crimes falimentares (Lei n.º 11.101/05);

f) Procedimento para crimes de imprensa (Lei n.º 5.250/67);

g) Procedimento para crimes de menor potencial ofensivo (Lei n.º 9.099/95 e Lei n.º 10.259/01);

h) Procedimento para crimes de licitações (Lei n.º 8.666/93 – artigos 104 a 108);

i) Procedimento para crimes contra o idoso com pena máxima não superior a 4 anos (artigo 94 da Lei n.º 10.826/03);

j) Procedimento para crimes de abuso de autoridade (Lei n.º 4898/65);

l) Procedimento para crimes que caracterizem violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei n.º 11.340/06);

m) Procedimento para crimes de drogas (Lei n.º 11.343/06);

n) Procedimento para crimes de competência originária dos Tribunais (Lei n.º 8.038/90 e 8.658/93);

o) Procedimento para os crimes eleitorais (Lei n.º 4.737/65 – artigos 355 a 364);

p) Procedimento para crimes de responsabilidade praticados por Prefeitos e Vereadores (Dec.-Lei n.º 201/67, artigo 2º).

Diante do panorama apresentado, afigura-se imperativo, portanto, o desenvolvimento de uma análise acurada acerca das alterações produzidas a partir das Leis n.º 11.689, de 09 de junho de 2008, e 11.719, de 20 de junho de 2008 e seus reflexos no conjunto de procedimentos até então existentes.

## 2. Conceitos de processo e procedimento

A tarefa de enfrentar a nova realidade produzida pelas Leis n.ºs 11.689/08 e 11.719/08, no que concerne ao elenco de procedimentos existentes a partir de sua entrada em vigor, não pode ser desenvolvida sem a demarcação precisa dos conceitos de processo e procedimento, haja vista a existência de impropriedade terminológica que imperou no Código de Processo Penal, desde a sua edição, quando o legislador identificou, no Livro II, a existência de *processos em espécie*, passando a denominar, já no Título I, o *processo comum*. A seguir, no Capítulo II, identificou o *processo dos crimes da competência do Júri* e, adiante, no Título II elencou os *processos especiais*. Há, efetivamente, distinção que se faz necessária entre processo e procedimento.

Processo é o conjunto de atos processuais que se sucedem, coordenadamente, com a finalidade de resolver, jurisdicionalmente, o litígio. É o instrumento de que se vale o Órgão Jurisdicional para a resolução do litígio. Observa-se no processo sua natureza teleológica, pois visa à resolução do litígio. É o conjunto de atos que se praticam, com a finalidade de fazer atuar a vontade concreta da lei, ou seja, dar solução ao litígio de natureza penal. Por processo deve-se entender, pois, a verificação de determinada conjuntura de atos destinados à aplicação do direito material ao caso concreto. Daí dizer-se corretamente que o processo é a reunião de todos os atos de determinado procedimento destinado à prestação jurisdicional ao caso concreto.

Procedimento, por sua vez, é a seqüência, a coordenação e a ordem dos atos processuais. O procedimento é a exteriorização do processo, ou seja, o processo visto pelo lado de fora, externamente. O procedimento é o meio extrínseco pelo qual se instaura, se desenvolve e termina o processo. O procedimento é o “iter”, a concatenação, a coordenação dos atos processuais. É a seqüência que estes devem guardar e obedecer. O procedimento representa o ordenamento dos atos que se praticam com a finalidade de fazer atuar a vontade concreta da lei (processo). Enquanto o processo representa a atividade do juiz na sua função de aplicar a lei ao caso concreto, o procedimento é o “modus faciendi” com que esta atividade se realiza e se desenvolve.

Única hipótese de se conceber a expressão processo como representativa ou abrangente do conceito de procedimento é entendê-la em sentido amplo, genético. *Lato sensu*, pois, não se descarta a utilização da expressão processo com a conotação de procedimento. Mas somente a partir dessa deferência terminológica.

Feitas as necessárias considerações, observa-se evolução na legislação reformadora atinente ao tema.

Veja-se que na Lei n.º 11.689, de 09 de junho de 2008, o legislador promoveu alterações na terminologia do Capítulo II do Título I do Livro II do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941). Identificou o Capítulo II com a seguinte nomenclatura: DO PROCEDIMENTO RELATIVO AOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. Corrigiu-se, então, a equivocada denominação “Do processo dos crimes da competência do Júri” anteriormente vigente.

A Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, por sua vez, a despeito de não promover alteração na terminologia dos Capítulos I e III do Título I do Livro II, bem como no Título II, Capítulos I a V, ambos do Código de Processo Penal, que empregavam a expressão “PROCESSO” quando deveriam referir Procedimento, passou a dispor, no artigo 394, que *O procedimento será comum ou especial*. Em seu parágrafo primeiro, asseverou o legislador que *O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo*. Retificou-se, pois, impropriedade terminológica histórica. Andou bem o legislador.

### **3. Panorama dos procedimentos existentes a partir da reforma legislativa**

Conforme afirmado no tópico n.º 1, a realidade vivida anteriormente à entrada em vigor das Leis n.ºs 11.689/08 e 11.719/08 apresentava a existência de procedimentos comuns e especiais. Os primeiros, definidos a partir da natureza da pena aplicada ao delito, se detenção ou reclusão. Os últimos, determinados pela natureza da infração

ou qualidade do autor.

Muitas alterações foram introduzidas pelos aludidos diplomas legislativos, conforme será exposto.

### **3.1. Da natureza do procedimento para os crimes de competência do tribunal do júri**

Por meio da Lei n.º 11.689, de 09 de junho de 2008, manteve-se o procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri com suas peculiaridades, não se podendo caracterizá-lo como procedimento comum. Aliás, veja-se que o próprio legislador lançou mão de lei própria para estabelecer suas modificações. Não por isso, mas devido às suas inúmeras especificidades é inegável a existência de um caráter peculiar na ordem dos atos processuais a ele inerentes. Nota-se que o legislador, nesta Lei, passou a reger desde o recebimento da denúncia até o término do julgamento em plenário do Tribunal do Júri, o que fez a partir do artigo 406 do Código de Processo penal. Portanto, diversamente do panorama que vigorava anteriormente à reforma, não há mais a adoção de parte do procedimento “comum para crimes apenados com reclusão” para o processamento dos crimes da competência do Tribunal do Júri. Houve absoluta modificação no rito para aludidos crimes. Acrescente-se, também, nessa linha de raciocínio, que a Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, posterior, surgiu definindo a existência no Brasil de duas espécies de procedimentos, isto é, o procedimento comum e o procedimento especial. Compreendidos no primeiro grupo, estão o procedimento comum ordinário, comum sumário e comum sumaríssimo. Em seguimento, esta Lei disciplinou a ordem dos atos processuais que compõem ditos procedimentos comuns.

Assim, é inegável a necessidade de o procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri ser considerado de natureza especial.

Quanto à seqüência de atos processuais que compõem o procedimento especial para os crimes da competência do Tribunal do Júri, análise pormenorizada será efetuada em capítulo específico desta obra, ao

qual remetemos o leitor.

### **3.2. A nova classificação emanada da Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008**

Estabeleceu o legislador, a partir da entrada em vigor da Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, profunda alteração no que se refere aos procedimentos processuais penais existentes no Brasil.

Sem que se efetue o enfrentamento da nova realidade, é perceptível a implantação de fórmulas que priorizam a sumarização dos ritos, a simplificação dos atos processuais e o estabelecimento de roteiros que possibilitam o exercício da mais ampla defesa aos réus. Essas características poderão ser verificadas no desenvolvimento da análise que se seguirá, entretanto, são basilares na compreensão do novo modelo estabelecido.

Para tanto, essencial é o artigo 394 do Código de Processo Penal, absolutamente modificado pela Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008. Nele pode ser encontrada a nova classificação para os procedimentos existentes no Brasil. Dispõe:

**Art. 394. O procedimento será comum ou especial.**

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

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

§ 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 artigos 406 a 497 deste Código.

§ 4º As disposições dos artigos 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.<sup>5</sup>

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário.

Portanto, verifica-se a manutenção de apenas duas espécies de procedimentos, ou seja, o procedimento comum e o procedimento especial.

O procedimento comum é dividido em:

a) Procedimento comum ordinário a ser aplicado quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

b) Procedimento comum sumário a ser praticado quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; e

c) Procedimento comum sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, isto é, aquelas da competência dos juizados especiais criminais, conforme definido no artigo 61 da Lei n.º 9.099/95.

Quanto aos procedimentos especiais, não definiu o legislador quais são eles nem mesmo qual a seqüência de atos processuais que os compõem. Limitou-se a registrar o reconhecimento da sua existência. Nem sequer referiu se o procedimento para os crimes de competência do Tribunal do Júri é especial ou comum. Por isso, o tema merecerá análise destacada neste trabalho.

Antes de se avançar na análise pormenorizada da novel realidade atinente à gama de procedimentos processuais penais que

---

<sup>5</sup> O artigo 398 foi vetado. Previa recurso de apelação contra a decisão que rejeitasse a denúncia ou queixa ou absolvesse sumariamente o acusado. Relegou-se para momento posterior a disciplina dos recursos no Processo Penal, porquanto diz respeito a outro projeto que tramita no Congresso com vistas a reformar a atual sistemática.

passaram a vigorar a partir das Leis n.ºs 11.689/08 e 11.719/08, importante estabelecer premissas que solidificam a abordagem do tema.

A primeira delas no sentido de ser indubitável a revogação do procedimento comum ordinário para crimes apenados com reclusão, bem como o procedimento sumário para crimes apenados com detenção, anteriormente regulados pelos artigos 394 a 405, 498 a 502, e 538 a 540 do Código de Processo Penal existentes até a entrada em vigor da Lei n.º 11.719/08. Aliás, abandonou o legislador a idéia anteriormente vigorante de serem estabelecidos procedimentos a partir da natureza da pena prevista para o tipo penal.

Sem sombra de dúvidas, também, o reconhecimento pelo legislador da persistência de procedimentos especiais em nosso sistema processual penal. Neste particular, o tema merecerá abordagem acurada, haja vista a configuração de sensíveis dificuldades a partir da previsão contida nos parágrafos 2º e 4º do artigo 394 agora reformado.

Também inquestionável a manutenção do procedimento sumaríssimo alusivo às infrações penais de menor potencial ofensivo da competência dos juizados especiais criminais federais e estaduais. Neste aspecto, não poderia ser diferente, haja vista previsão expressa no artigo 98, I, da Constituição Federal determinando a sua existência e aplicação às aludidas infrações penais.

Extreme de dúvida, no entanto, a nova disciplina alusiva ao procedimento comum ordinário e sumário, contemplada nos artigos 396 a 405 e 531 a 538 agora reformados, que serão exaustivamente analisados a seguir. Temos, portanto, explicitamente, a ritualística a ser adotada para o procedimento comum ordinário e sumário com significativas modificações.

Quanto ao procedimento do Tribunal do Júri também foram verificadas acentuadas modificações, objeto da Lei n.º 11.689/08. Por seu conteúdo absolutamente extenso, merece abordagem específica nesta obra.

#### 4. Do procedimento comum ordinário

Inicialmente, relevante destacar a extinção do anterior procedimento comum ordinário para crimes apenados com reclusão, que vigorou entre nós por longo período de tempo. Tratava-se de procedimento de cognição probatória e contraditório amplos. Nele tínhamos que o juiz, após o oferecimento da denúncia ou queixa, deveria decidir se a recebia ou não. Recebendo-a, deveria citar o réu para interrogatório. Após, seguia-se o estabelecimento de prazo para o exercício de alegações escritas em três dias, oportunidade em que a defesa poderia arrolar suas testemunhas e postular diligências. Seguia-se a designação de audiência de instrução, com a coleta da prova oral. Após, abria-se prazo para as partes, sucessivamente, requererem diligências em 24 horas. Ao final, concedia-se prazo também sucessivo para que acusação e defesa produzissem suas alegações finais escritas. Encerrava-se o procedimento, evidentemente, com a sentença. Em suma, esse era o rito comum ordinário para crimes apenados com reclusão. Diga-se, desde logo, que tal procedimento também era adotado em uma gama de outros procedimentos especiais, que possuíam pequenas idiosincrasias a torná-los diferenciados. Exemplificativamente, adotava-se o procedimento comum ordinário para crimes apenados com reclusão para os crimes contra a propriedade imaterial, crimes contra a honra quando não fossem da competência do juizado especial criminal e crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública. A ele eram acrescidos determinados atos que o tornavam procedimento especial.

Com a reforma produzida a partir da Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, não possui mais aplicação.

Reconhecida a existência do procedimento comum ordinário no artigo 394, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, verifica-se que será aplicado quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade.

Assim sendo, deixou de ser aplicado a partir da natureza da pena prevista ao crime para ter como fundamento o montante da pena cominada. Novo critério foi adotado pelo legislador. O que importa, agora, é saber se o delito perpetrado possui sanção privativa da liberdade igual ou superior a quatro anos, pouco importando se reclusão ou detenção.

Questão a ser debatida com acuidade diz respeito ao percentual que deverá incidir sobre a pena em abstrato quando houver majorante ou minorante prevista em montantes variados, haja vista que doravante a determinação do rito processual comum será efetuada a partir do *quantum* da pena máxima cominada. Veja-se como exemplo a ocorrência de crimes continuados ou concurso formal próprio. Também a hipótese da tentativa.

Parece-nos que, em qualquer hipótese, deve-se buscar a incidência do percentual que permita a aplicação do procedimento mais abrangente, que possibilite maior cognição probatória à defesa e acusação. Aliás, este era o entendimento anterior quando houvesse situação de concurso de crimes no qual um dos delitos seria regido pelo rito comum ordinário para penas de reclusão e outra infração a ser processada pelo rito comum sumário para detenção. Na atualidade, evidentemente, deve-se fazer incidir o percentual que possibilite a aplicação do procedimento mais abrangente, isto é, o rito comum ordinário. Veja-se que diante de causas de aumento em percentuais variados (crimes continuados e concurso formal próprio, por exemplo), aplicar-se-á o percentual máximo de aumento da pena. Quando se tratar de minorante, deverá ser aplicado o percentual mínimo de redução (exemplo da tentativa). Ademais, tal raciocínio encontra suporte quando verificado que, para a definição do rito comum, deve-se encontrar a pena máxima em abstrato.

Também importante referir que a ocorrência de eventuais agravantes e atenuantes não se refletirá para a fixação do procedimento, porquanto representam causas de aumento da pena sem a existência de qualquer montante definido em lei.

Diante das qualificadoras, inquestionável seus reflexos na determinação do rito processual penal, haja vista ocorrer um novo patamar de pena em abstrato para o delito cometido.

No que se refere à colmatação da ordem dos atos processuais do rito comum ordinário, não foi feliz o legislador ao descrevê-la.

Com efeito, veja-se que, inicialmente, o artigo 396 determina ao juiz que, uma vez oferecida denúncia ou queixa, se não a rejeitar liminarmente, *recebê-la-á* e ordenará a citação do acusado para responder à

acusação por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído (parágrafo único do artigo 396).

Com a previsão contida no artigo 396, previu o legislador modalidade de defesa substancial, na medida em que o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário (artigo 396-A). Aliás, a apresentação desta resposta escrita é obrigatória, haja vista previsão contida no parágrafo 2º do artigo 396-A no sentido de que, caso o acusado mantenha-se omissivo, o juiz deverá nomear defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Parece claro, dessa forma, que o juiz, não rejeitando a denúncia ou queixa (artigo 395 CPP), *deverá recebê-la* e somente após ordenar a citação do acusado para resposta escrita em 10 (dez) dias, nos termos do artigo 396.

Com a presença nos autos da resposta escrita, necessariamente, deverá avaliar se não há hipótese de absolvição sumária dentre aquelas elencadas no artigo 397 do Código de Processo Penal e, inexistindo dita possibilidade, designar audiência de instrução e julgamento (artigo 399).

Ocorre, entretanto, que o legislador não obrou com a clareza que se exige na redação de dispositivos legais.

Veja-se que o artigo 396 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz, caso não verifique possibilidade de rejeição da denúncia ou queixa, deverá recebê-la e determinar a citação do acusado para resposta escrita em 10 (dez) dias. Porém, o artigo 399 do mesmo Código prevê que *recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente*. Com esta redação, passa a impressão de que ao receber a inicial acusatória deverá designar audiência de instrução e julgamento. Ter-se-ia, pois, dupla previsão para o recebimento da inicial, ou seja, no artigo 396 e no artigo 399 do Código.

Diante dessa situação, outra possibilidade de interpretação também se afigura legítima, isto é, que a previsão contida no artigo 396 no sentido de que o juiz, caso não rejeitar a inicial acusatória, deva acolhê-la apenas para os fins de ordenar a citação do acusado, que deverá ofertar resposta escrita em 10 (dez) dias. Com a resposta, deverá decidir se absolve liminarmente o acusado e, em caso negativo, receberá ou não a denúncia ou queixa para somente então designar audiência de instrução e julgamento (artigo 399). Nesta situação, a previsão contida no artigo 396 para que o juiz, não rejeitando de plano a inicial, deva recebê-la, possui o sentido de apenas ter em mãos a denúncia ou queixa, sem entretanto tecnicamente recebê-la. A expressão contida no artigo 396, *recebê-la-á*, não possui a conotação que se lhe tem conferido historicamente, isto é, com o sentido de acolher a acusação e desencadear o andamento da ação penal. Deve ser entendida como tê-la para si e analisá-la para fins de conclusão acerca da rejeição ou não. O recebimento formal somente ocorreria após decisão que não configure absolvição sumária, a teor do artigo 399 do Código de Processo Penal. Assim, teríamos o procedimento comum ordinário contendo os seguintes atos: oferecida denúncia ou queixa, o juiz, de plano, deverá analisar se não há hipótese de rejeição liminar dentre aquelas contidas no artigo 395 do Código de Processo Penal. Não havendo possibilidade de rejeição, deverá determinar a citação do acusado para responder por escrito em 10 (dez) dias à acusação, nos termos do artigo 396 do Código. Advindo a resposta, obrigatoriamente (parágrafo 2º do artigo 396-A), somente então o juiz deverá apreciar se não há hipótese, agora, de absolvição sumária liminar (artigo 397). Verificando que não há possibilidade de absolvição sumária liminar, deverá receber a denúncia ou queixa, a teor do artigo 399, para designar audiência de instrução e julgamento.

Com isso, têm-se duas possibilidades de interpretação que possibilitam a formatação do procedimento comum ordinário a partir da reforma produzida nos artigos 395 a 399 do Código de Processo Penal:

**Primeira possibilidade:**

1ª) Oferecida denúncia ou queixa, o juiz deverá avaliar se não se trata de hipótese de rejeição liminar dentre aquelas elencadas no artigo

2º) Não havendo hipótese de rejeição liminar, receberá a inicial para tão-somente determinar a citação do acusado a fim de que ofereça resposta escrita à acusação em 10 (dez) dias. Esta prática não representa o recebimento formal da denúncia ou queixa. Receber significa ter em mãos para apreciar (artigo 396).

3º) Com a resposta, o magistrado deverá analisar se não há hipótese de absolvição sumária dentre aquelas mencionadas no artigo 397.

4º) Não absolvendo sumariamente o acusado, somente aí deverá receber formalmente a inicial acusatória e designar audiência de instrução e julgamento, nos termos do artigo 399 do Código. Este é o verdadeiro recebimento da acusação, com sentido de acolhimento da inicial.

5º) A audiência deverá ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a contar da data em que o magistrado decidiu, fundamentadamente, no sentido de não existir hipótese de absolvição sumária dentre aquelas elencadas no artigo 397 do Código de Processo Penal (artigo 400).

6º) Na audiência de instrução e julgamento, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e defesa, sucessivamente, ao reconhecimento de pessoas e coisas, se necessário ou requerido pelas partes, e, ao final, ao interrogatório do acusado (artigo 400).

7º) Ao final da audiência, as partes poderão requerer ao juiz a realização de diligências que entenderem imprescindíveis ao esclarecimento da verdade. O juiz, por sua vez, poderá indeferir-las ou deferir a sua realização (artigo 402). Ao juiz também é dada a faculdade de determinar a realização de diligências de ofício (artigo 404).

8º) Se não houver necessidade de serem realizadas diligências, após a coleta da prova oral e do interrogatório do acusado, o juiz concederá a palavra à acusação e defesa, sucessivamente, para apresentarem alegações finais orais, por 20 (vinte) minutos, respectivamente, prorrogáveis por mais 10 (dez) a critério do juiz, proferindo, a seguir, a sentença (artigo 403).

Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa será individual (parágrafo 1º do artigo 403). O magistrado poderá substituir as alegações finais orais por memoriais quando verificar, pela complexidade do caso ou pelo número de acusados, ser necessária tal providência (artigo 403, § 3º).

9º) Se existir assistente do Ministério Público habilitado nos autos, terá o tempo de 10 (dez) minutos para apresentar suas alegações finais orais, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa (parágrafo 2º do artigo 403).

10º) Sendo ordenada a realização de diligências pelo juiz, a audiência será concluída sem as alegações finais orais (artigo 404).

11º) Após a realização das diligências deferidas pelo juiz, será aberto às partes o prazo de 05 (cinco) dias para a apresentação de alegações finais escritas, por memoriais, sucessivamente à acusação e defesa (parágrafo único do artigo 404).

12º) Com os memoriais presentes nos autos, o magistrado prolatará sentença em 10 (dez) dias (parágrafo único do artigo 404).

Sob este enfoque, observa-se que haveria uma resposta escrita antes do recebimento da denúncia ou queixa. Essa resposta deve ser substancial e obrigatória, conforme dispõe o artigo 396-A. Somente após é que o juiz deverá, efetivamente, decidir se rejeitará a inicial ou a receberá. Recebendo-a, designará audiência de instrução e julgamento para os 60 (sessenta) dias seguintes (artigos 399 e 400). Veja-se posicionamento no mesmo sentido em <http://www.conjur.com.br/static/text/67533,1>.

#### **Segunda possibilidade:**

A partir do dilema apresentado, extraído da escassa clareza dos artigos 396 e 399 do Código de Processo Penal, consoante já demonstrado anteriormente, vejamos a segunda possibilidade de ilação a ser extraída:

1º) Oferecimento de denúncia ou queixa.



2º) O juiz deve apreciar se não se trata de hipótese de rejeição liminar da inicial acusatória (artigo 395).

3º) Não se afigurando hipótese de rejeição, o juiz deverá receber a denúncia ou queixa. Recebendo-a, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias (artigo 396, "caput"). Trata-se, consoante já referido, de resposta obrigatória e substancial, nos termos do artigo 396-A e seu parágrafo 2º.

4º) Com a resposta, o juiz deverá apreciar se há hipótese de absolvição sumária, nos termos do artigo 397.

5º) Não verificando existir situação que autorize a absolvição sumária, o juiz deverá designar dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (artigo 399).

6º) A audiência deverá ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a contar da data em que o magistrado decidiu, fundamentadamente, no sentido de não existir hipótese de absolvição sumária dentre aquelas elencadas no artigo 397 do Código de Processo Penal (artigo 400).

7º) Na audiência de instrução e julgamento, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e defesa, sucessivamente, ao reconhecimento de pessoas e coisas, se necessário ou requerido pelas partes, e, ao final, ao interrogatório do acusado (artigo 400);

8º) Ao final da audiência, as partes poderão requerer ao juiz a realização de diligências que entenderem imprescindíveis ao esclarecimento da verdade. O juiz, por sua vez, poderá indeferir-las ou deferir a sua realização (artigo 402). Ao magistrado também é dada a faculdade de determinar a realização de diligências de ofício (artigo 404).

9º) Se não houver necessidade de serem realizadas diligências, após a coleta da prova oral e do interrogatório do acusado, o juiz concederá a palavra à acusação e defesa, sucessivamente, para apresentarem alegações finais orais, por 20 (vinte) minutos, respectivamente, prorrogáveis por mais

10 (dez) a critério do juiz, proferindo, a seguir, a sentença (artigo 403). Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa será individual (parágrafo 1º do artigo 403). O juiz poderá substituir as alegações finais orais por memoriais quando verificar, pela complexidade do caso ou pelo número de acusados ser necessária tal providência (artigo 403, § 3º).

10º) Se existir assistente do Ministério Público habilitado nos autos, terá o tempo de 10 (dez) minutos para apresentar suas alegações finais orais, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa (parágrafo 2º do artigo 403).

11º) Sendo ordenada a realização de diligências pelo juiz, a audiência será concluída sem as alegações finais orais (artigo 404).

12º) Após a realização das diligências deferidas pelo magistrado, será aberto às partes o prazo de 05 (cinco) dias para a apresentação de alegações finais escritas, por memoriais, sucessivamente à acusação e defesa (parágrafo único do artigo 404).

14º) Com os memoriais presentes nos autos, o juiz prolatará sentença em 10 (dez) dias (parágrafo único do artigo 404).

Nessa interpretação, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, deverá receber a inicial acusatória e somente após citar o acusado para resposta preliminar em 10 (dez) dias. Após, não ocorrendo hipótese de absolvição sumária, designará audiência de instrução e julgamento. A resposta escrita apenas virá após o recebimento da inicial acusatória, não constituindo ato preliminar ao acolhimento da denúncia ou queixa.<sup>6</sup>

Cremos, efetivamente, na falta de clareza acidental do legislador, o que não constitui fato inédito.

Entretanto, considerando a redação contida no artigo 396 do Código de Processo Penal no sentido de que o juiz, não rejeitando liminarmente a inicial acusatória, recebê-la-á e determinará a citação do

---

<sup>6</sup> No mesmo sentido, veja-se <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11429>.

acusado para responder à acusação por escrito em 10 (dez) dias, entendemos correta a segunda hipótese antes aventada. Depois de analisar a resposta do acusado, o juiz ainda deverá observar se não há possibilidade de absolvição sumária, apreciando as hipóteses do artigo 397 do Código. Não ocorrendo tal situação, designará audiência de instrução e julgamento, conforme prevêem os artigos 399 e 400. A expressão *recebê-la-á*, contida no artigo 396, possui o sentido clássico de recebimento formal, único existente até a atualidade. Quando se referiu ao recebimento para designação de audiência no artigo 399 do aludido Código, o legislador evidentemente está a afirmar que o magistrado deverá já ter recebido a inicial acusatória para a marcação da solenidade de instrução e julgamento. Não está a dizer que o recebimento ocorrerá naquele momento, isto é, após a resposta escrita a que alude o artigo 396. Aliás, quando o artigo 399 refere que *recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência*, está a significar que o juiz, tendo recebido a inicial acusatória e verificado que não se trata de hipótese que legitima a absolvição sumária, designará a aludida solenidade. Não se quer crer que o legislador tenha utilizado com sentido impróprio a expressão *recebê-la-á* contida no artigo 396, ao se referir à denúncia ou queixa. Acrescente-se, ainda, que a nova redação do artigo 363 do Código de Processo Penal também reforça o entendimento no sentido de que a resposta escrita do acusado, nos termos do artigo 396, ocorrerá após o recebimento da denúncia. Com efeito, veja-se que o aludido dispositivo legal assevera que *o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado*. Ora, se a formação do processo se dá de forma plena a partir da citação válida, parece-nos absoluto que o mesmo legislador reformador que assim dispôs também determinou que a citação do acusado somente ocorra após o recebimento da denúncia ou queixa, para os fins da resposta em 10 (dez) dias. Não há qualquer sentido cogitar-se de estar completada a formação do processo com a citação tendo ela ocorrido antes do recebimento da inicial (artigo 399). Se o processo estará formado de maneira completa com a citação, é óbvio que o recebimento da denúncia ou queixa ocorreu antes do ato citatório. Nos termos do artigo 396, pois. Há uma relação de completude entre os artigos 363 e 396 do Código. Com isso, repita-se, a citação do acusado somente poderá ocorrer, no atual rito comum ordinário e bem assim o rito comum sumário após o recebimento da inicial acusatória. Não se pode cogitar de resposta escrita em 10 (dez) dias antes do recebimento da denúncia ou queixa se o processo já teve completada a sua

formação com a citação do acusado para dita resposta.<sup>7</sup>

O que se pode perceber, diante da redação do artigo 399 do Código de Processo Penal, é a intenção do legislador de proceder a exemplo do rito alusivo aos processos de competência do Tribunal do Júri, guardadas as necessárias proporções, para os quais há duas fases, uma chamada *judicium accusationis* e outra *judicium causae*. A primeira fase abrange o recebimento da denúncia ou queixa até a decisão do juiz que absolve o acusado sumariamente. Não o absolvendo, haveria um juízo de admissibilidade da acusação (que no júri ocorre por meio da pronúncia), por meio da designação de audiência de instrução e julgamento da causa propriamente dita (artigo 399 do supracitado Código). Ora, ocorre que são situações absolutamente díspares. À exceção do procedimento do Tribunal do Júri, uma vez recebida a denúncia, tem-se a admissibilidade da acusação. Não há falar em outro momento em que se admite a acusação. O julgamento processar-se-á perante o mesmo órgão, diversamente do que ocorre no Tribunal do Júri. Assim, nos procedimentos comum e especiais, têm-se unicamente o recebimento da denúncia. A decisão que absolve sumariamente o réu apenas antecipa o julgamento. As hipóteses de absolvição sumária não se confundem com aquelas da rejeição liminar da denúncia ou queixa. Evidentemente que a absolvição sumária deve ocorrer após o recebimento da inicial acusatória. De qualquer sorte, mesmo no procedimento do Júri, o recebimento da denúncia ou queixa já ocorreu ao início da ação penal. A fase da pronúncia ocorre com a peça acusatória já recebida.

Em vista do exposto, evidentemente que o marco interruptivo da prescrição ocorre pelo recebimento da denúncia ou queixa, ao início da demanda, quando o magistrado não rejeitou a inicial acusatória, nos exatos termos do artigo 395 do Código de Processo Penal. Por consequência, também, a decisão do juiz que deixa de absolver sumariamente o réu, por não vislumbrar presentes quaisquer das causas elencadas no artigo 397 do Código de Processo Penal, não pode ser tomada como nova causa de interrupção do lapso prescricional, porquanto não se está diante de novo recebimento ou acolhimento da denúncia ou queixa.

---

<sup>7</sup> Neste sentido, com muita propriedade, ver, MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008, p. 268-270.

Portanto, a segunda opção lançada parece-nos deva ser aplicada.

Este, pois, o procedimento comum ordinário para crimes cuja pena privativa da liberdade cominada abstratamente seja igual ou superior a 4 (quatro) anos.

Inovação substancial produzida pela Lei n.º 11.719/08 diz respeito à previsão contida no parágrafo 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal, determinando que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Não se tinha alusão nesse sentido na sistemática do Processo Penal anteriormente, quer seja no procedimento comum ou em procedimentos especiais. Tal regra estabeleceu a prática do princípio da imediatidade ou identidade física do juiz.

Efetivamente, considerando que a reforma procedimental empreendida pelo legislador primou pela instalação de procedimentos céleres, quando comparados com os anteriores ritos ordinário e sumário, prestigiando, inclusive e por consequência, o princípio da oralidade ao definir como regra a ocorrência de debates orais para finalizar os procedimentos comum ordinário e sumário, nenhuma incoerência se verifica quanto ao surgimento do princípio da imediatidade ou identidade física do juiz. Aliás, conveniente que assim ocorra, pois nada melhor do que se ter um juiz presente na instrução que vá julgar o feito. Ocorre, entretanto, que o legislador pátrio resolveu inovar de maneira absoluta, não estabelecendo exceções nas quais, por motivo de impossibilidade física ou funcional haja necessidade de outro julgar o feito, não tendo instruído o processo. Veja-se que o parágrafo 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal não excepciona qualquer hipótese de impossibilidade de o juiz que instruiu o feito julgar a demanda, necessitando de substituição por outro quando do édito da sentença.

Ora, evidentemente, trata-se de exigência que somente pode ser cogitada no plano ideal. Na realidade do processo, surgirão diversas hipóteses nas quais o juiz que presidiu a instrução não poderá prolatar a sentença. Veja-se quando se aposentar, for promovido, removido, falecimento, encontrar-se em férias ou licenciado. Parece-nos que o legislador distanciou-se da realidade, tornando impraticável a regra em

diversas situações. Daí a necessidade, evidentemente, de se aplicar subsidiariamente o disposto no artigo 132 do Código de Processo Civil, no sentido de que o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Aliás, o princípio da imediatidade física do juiz torna-se coerente quando prolatada sentença em audiência de instrução e julgamento, que ocorrerá doravante nos procedimentos comum ordinário e sumário. Nestes casos, evidentemente, pode-se aplicar dito princípio, na medida em que o magistrado que está presidindo a solenidade estará disponível para julgar o processo. Caso contrário, teremos situações nas quais será impossível a efetividade do aludido princípio, havendo necessidade de lançar mão do artigo 132 do Código de Processo Civil supletivamente.

A despeito de o princípio da identidade física do juiz apenas estar previsto para o rito comum ordinário, ousamos sustentar que deva ser aplicado, doravante, a todos os procedimentos processuais penais. Isso por analogia, na medida em que, verificando-se no procedimento comum ordinário aquele com maior abrangência, cognição probatória plena e que possibilita a mais ampla defesa e acusação, evidentemente será parâmetro para reger os demais ritos. Por isso, sustentamos deva ser aplicado dito princípio aos demais procedimentos, comuns ou especiais, por analogia.

Delineada a ordem dos atos processuais e superado o dilema que a redação de alguns de seus dispositivos poderá acarretar, diversos aspectos podem ser extraídos que devem, fundamentalmente, ser destacados. Veja-se:

a) O legislador, por meio do novel artigo 395, estabeleceu hipóteses nas quais a denúncia ou queixa deverão ser rejeitadas. São elas: I – se for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; III – faltar justa causa para o exercício da ação penal. Neste particular, por meio da Lei n.º 11.719/08 houve expressa revogação do artigo 43 do mesmo Código, que anteriormente elencava hipóteses nas quais a inicial acusatória deveria ser rejeitada. Não tratou, entretanto, de explicitar o conceito de inépcia, não apontou quais são os pressupostos processuais e condições para o exercício da ação penal e não definiu quando faltará justa causa para o exercício da ação penal. Por isso,

evidentemente, haverá necessidade de serem alcançados ditos conceitos a partir de definições doutrinárias e jurisprudenciais já existentes e vindouras. O que parece claro é a possibilidade de associar o conceito de inépcia da inicial acusatória aos requisitos formais do artigo 41 do Código de Processo Penal, mantido em vigor em sua forma original. De qualquer sorte, ressalta o viés civilista nas alterações do processo penal.

b) O oferecimento de resposta à acusação pelo réu, na hipótese de recebimento da denúncia ou queixa, após a sua citação, é imprescindível. Verifica-se que o legislador reformador determinou que, se não apresentada resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias (artigo 396-A, parágrafo 2º). Portanto, afastada está a discussão acerca de ser ou não prescindível a apresentação daquilo que anteriormente era denominada defesa prévia, agora identificada por resposta do acusado.

c) Não previu o legislador manifestação do Ministério Público ou querelante após a resposta escrita do acusado. Considerando que após a resposta do réu o juiz deverá decidir se o absolverá sumariamente, pelo princípio da igualdade ou isonomia, parece-nos deva intimar o autor da ação penal. Aliás, no procedimento do júri há previsão nesse sentido quando a defesa alegar preliminares e apresentar documentos (artigo 409). Assim, ao menos nessas duas hipóteses, há de se proceder igualmente nos demais ritos. Veja-se que o magistrado deverá, quando oferecida a inicial acusatória, apreciar se não há hipótese de rejeição liminar (artigo 396). Recebendo a denúncia ou queixa, citará o acusado para defesa escrita em 10 (dez) dias, que o levará a decidir pela absolvição sumária do réu. Não se afiguram equilibradas as relações processuais se não ocorrer a oitiva do autor da ação antes da decisão pela absolvição sumária. Estabelecer-se-á, com isso, isonomia entre acusação e defesa.

d) Situação inédita foi estabelecida a partir do artigo 397 do Código de Processo Penal, que agora passou a estabelecer a necessidade de o juiz apreciar se há hipótese de absolvição sumária do réu. Deverá absolvê-lo liminarmente quando concluir pela existência de manifesta causa excludente da ilicitude do fato (inciso I), pela existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade (inciso II), que o fato narrado evidentemente não constitui crime (inciso III) ou que estiver

extinta a punibilidade do agente (inciso IV). Neste particular, apenas para o procedimento do Tribunal do Júri havia previsão similar.

e) Como regra, agora, o procedimento comum ordinário passará a ter apenas uma audiência, de instrução e julgamento, culminando com a apresentação de alegações finais orais pelas partes e posterior sentença pelo magistrado. De certa forma, resumiu-se o procedimento ordinário. Exceção haverá quando se fizer necessária realização de diligências, ocasião em que os debates orais serão substituídos por memoriais, a serem apresentados em 5 (cinco) dias pelas partes. Também poderão ser substituídos os debates orais por memoriais quando o juiz entender necessário pela complexidade do caso ou devido ao número de acusados (parágrafo 3º do artigo 403).

f) Consoante estabelecido no artigo 400 do Código de Processo Penal, em tese, a oitiva do ofendido é obrigatória. Com efeito, veja-se que o legislador determinou que *proceder-se-á* à tomada de declarações do ofendido ao ser inaugurada a audiência de instrução e julgamento. Ora, não se trata de faculdade. Com maior razão permite-se concluir nesse sentido quando verificado que, relativamente às testemunhas, serão ouvidas aquelas *arroladas*. Aliás, na Lei n.º 11.689/08, relativa ao procedimento do Tribunal do Júri, idêntica previsão é verificada no atual artigo 411. Conclui-se que houve o resgate da importância da vítima para o Processo Penal brasileiro. O zelo pelo estabelecimento de garantias ao acusado sempre foi intenso a partir da Constituição vigente. Não se via a mesma preocupação com a vítima. Aliás, prova maior da valorização da vítima está quando a Lei n.º 11.690/08 alterou sensivelmente o artigo 201, que se refere ao tratamento a ser conferido ao ofendido no processo penal. Lá se verifica, além de outras prescrições, que deverá ele ser comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. Isso sem que haja habilitação de assistente à acusação. Sintomática, também, a valorização da vítima quando verificado que na Lei n.º 11.340/06, que protege mulheres em situação de violência doméstica e familiar, há previsão no sentido de que a ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado



constituído ou do defensor público (artigo 21);

g) Não houve alteração quanto ao número de testemunhas possível de serem arroladas pelas partes, mantendo-se em 8 (oito), não se computando as que não prestam compromisso e as referidas (art. 401 e seu par. 1º). Não se computam, também, as testemunhas que nada souberem de interesse à decisão da causa (parágrafo 2º do artigo 209 do Código de Processo Penal). Perdeu oportunidade o legislador de definir se o aludido número é individual para cada réu. Também não aduziu se diz respeito a cada fato delituoso apontado na denúncia ou queixa. Parece-nos que este é o entendimento que deverá prevalecer, consoante já era manifestado anteriormente pela doutrina e jurisprudência. Portanto, sob a ótica da defesa, cada réu poderá dispor do aludido número, haja vista o princípio da ampla defesa. E mais. Esse número refere-se a cada fato delituoso atribuído ao réu. Quanto à acusação, o número de 8 (oito) deve ser considerado para cada fato delituoso imputado na denúncia ou queixa, porquanto a acusação prova fatos, pouco importando o número de réus.

h) Estabeleceu-se o tempo de manifestação do assistente à acusação, limitado a 1/3 do período do titular da ação penal pública, isto é, 10 (dez) minutos (artigo 403, par. 2º). Isso porque o tempo da acusação é de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), consoante o artigo 403, “caput”.

i) Aspecto dos mais relevantes, impende salientar, é a total alteração ocorrida quanto à ordem na realização do interrogatório. Absoluta inovação ocorreu, haja vista que, doravante, será o último ato a ser realizado em audiência de instrução. O réu deverá ser interrogado ao final, quando já inquiridas a vítima, testemunhas, realizado o reconhecimento de pessoas e coisas, se necessário. Observa-se que, anteriormente à edição da Lei n.º 11.719/08, apenas no procedimento dos Juizados Especiais Criminais tal proceder ocorria, não se verificando similitude em qualquer outro rito existente no Brasil. Agora, ao contrário, trata-se da regra no procedimento comum ordinário e sumário, o último a ser visto a seguir. .

j) Se as partes pretenderem esclarecimentos dos peritos, deverão requerer ao juiz (400, § 2º).

## 5. Do procedimento comum sumário

Conforme já referido anteriormente, a partir da nova redação do artigo 394 do Código de Processo Penal, o procedimento comum também poderá ser sumário. Isso ocorrerá quando a pena privativa da liberdade máxima cominada seja inferior a 4 anos (inciso II). Mais uma vez, constata-se que o legislador abandonou o critério de definir o procedimento a partir da natureza da pena, se reclusão ou detenção, para estabelecer uma das modalidades do procedimento comum. Valorou o montante da pena em abstrato prevista para a infração penal. Portanto, a partir da vigência da Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, o procedimento comum sumário será aplicado quando a infração penal tiver pena privativa da liberdade cominada inferior a 4 anos, sendo irrelevante sua natureza de reclusão ou detenção.

No que se refere à ordem dos atos processuais, verifica-se a necessidade de aplicação, ao rito comum sumário, dos dispositivos contidos nos artigos 395 a 398, conforme expressa determinação contida no parágrafo 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal, até porque o artigo 531, que inaugura o procedimento sumário, apenas disciplina a realização da audiência de instrução e julgamento.

Sendo assim, também quanto ao procedimento comum sumário exsurgirá dúvida quanto ao preciso momento em que o magistrado receberá a denúncia ou queixa, se antes ou após a resposta escrita a que se refere o artigo 396 do Código de Processo Penal

Na medida em que devem ser aplicados os artigos 395 a 398 ao rito comum sumário, será que o artigo 396, que determina ao juiz a necessidade de receber a denúncia ou queixa e citar o acusado após ter apreciado se não há hipótese de rejeição da inicial, está criando uma defesa preliminar ao recebimento da peça acusatória ou a aludida defesa deve ocorrer quando já recebida a inicial. Volta-se ao debate efetuado no rito comum ordinário, quando foram lançadas duas alternativas de interpretação.

Mais uma vez, parece-nos que o artigo 396 é claro ao determinar ao juiz a necessidade de, não sendo caso de rejeição liminar da denúncia ou queixa, recebê-la e determinar a citação do acusado para apresentar defesa. Após, deverá apreciar se não está diante de alguma das

hipóteses de absolvição sumária elencadas no artigo 397 do Código. Somente quando rechaçou a possibilidade de absolvição sumária é que deverá designar audiência de instrução e julgamento nos termos do artigo 531 do Código de Processo Penal, em prazo não superior a 30 dias. Evidentemente, quando da citação do acusado para resposta do artigo 396 do Código de Processo Penal já houve o recebimento da inicial acusatória.

Com isso, afastada a possibilidade de resposta escrita do acusado antes do recebimento da denúncia ou queixa, de acordo com o raciocínio exaustivamente formulado alhures, pode-se definir da seguinte maneira a formatação do procedimento comum sumário:

1º) Oferecida denúncia ou queixa, o juiz, antes de recebê-la, deverá verificar se não se trata de hipótese de rejeição liminar dentre aquelas previstas no artigo 395 do Código de Processo Penal (parágrafo 4º do artigo 394 combinado com o artigo 396, “caput”). Neste particular, nenhuma diferença haverá com relação ao procedimento comum ordinário já examinado.

2º) Rechaçando a possibilidade de rejeição liminar, deverá receber a inicial acusatória e determinar a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias (artigo 396, “caput”). Trata-se de resposta substancial, porquanto nela haverá necessidade de conter tudo o que for do interesse da defesa, isto é, oferecimento de documentos e justificações, especificação das provas pretendidas e arrolamento de testemunhas, com requerimento de sua intimação, quando necessário (artigo 396-A). Essa resposta não é facultativa, haja vista previsão contida no parágrafo 2º do artigo 396-A no sentido de que, se o acusado não constituir defensor, o juiz nomeará profissional para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias. Neste momento processual, também não há qualquer distinção relativamente ao procedimento comum ordinário, já analisado.

3º) Com a presença da resposta nos autos, obrigatoriamente, o juiz deverá analisar se não há hipótese de absolvição sumária, de acordo com previsão contida no artigo 397 do Código de Processo Penal. Trata-se, mais uma vez, de proceder idêntico àquele efetuado no procedimento comum ordinário, já apreciado.

4º) Não ocorrendo hipótese de absolvição sumária, o juiz deverá designar audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da decisão que não absolveu sumariamente o acusado (artigo 531 do Código de Processo Penal).

5º) Na audiência de instrução e julgamento, proceder-se-á à tomada de declarações da vítima, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, pela ordem, aos esclarecimentos dos peritos, caso requerido, às acareações, se necessário, e ao reconhecimento de pessoas e coisas, também se necessário. Ao final, será interrogado o acusado (artigo 531). Após o interrogatório, ocorrerão alegações finais orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, em seqüência, a sentença (artigo 534). Se houver dois ou mais acusados, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual (parágrafo 1º do artigo 534). Existindo assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, terá a palavra por 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa (parágrafo 2º do artigo 534).

Observações relevantes que merecem destaque:

a) Inexiste, doravante, o procedimento sumário para crimes apenados com detenção. Com a vigência da Lei n.º 11.719/08, tem-se que o procedimento comum sumário deve ser aplicado para todos os crimes com pena privativa da liberdade cominada inferior a 4 (quatro) anos, independente de sua natureza. Evidentemente, excepcionam-se os ritos especiais e o juizado especial criminal.

b) Ratifica-se a observação efetuada na letra “b” alusiva ao procedimento comum ordinário.

c) Ratificam-se, da mesma forma, as observações formuladas na letra “c” referente ao procedimento comum ordinário, já abordado.

d) Também no procedimento comum sumário é imprescindível o oferecimento de resposta à acusação pelo réu, ratificando-se integralmente as observações formuladas na letra “d” alusiva ao procedimento comum ordinário.

e) Idêntico proceder deverá ser adotado no procedimento comum sumário com relação ao procedimento comum ordinário no que se refere à necessidade de o juiz, após a resposta do acusado, analisar se não se trata de hipótese de absolvição sumária, aplicando-se ao rito sumário a previsão do artigo 397 do Código de Processo Penal.

f) Mais uma vez, sustenta-se a necessidade de ser ouvido o autor da ação penal após o oferecimento de resposta escrita pelo acusado, para não ocorrer inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade ou isonomia.

g) Também no procedimento comum sumário, de regra, haverá apenas uma audiência, quando se dará a instrução e julgamento do feito. Por isso, o artigo 535 do Código de Processo dispõe que nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o magistrado a condução coercitiva de quem deva comparecer. Evidentemente, não se descarta a possibilidade de cisão da audiência, a exemplo das hipóteses nas quais ocorrer ausência de uma testemunha da acusação ou defesa que as partes e o juiz entenderem imprescindível para o esclarecimento da verdade. Neste caso, haverá designação de nova solenidade, sempre devendo ser respeitada a ordem estabelecida no artigo 531 para a coleta da prova oral.

h) Ao contrário do disposto na exposição formulada na letra “P”, alusiva ao procedimento comum ordinário quanto à oitiva da vítima, observa-se que o artigo 531 do Código de Processo Penal determina que se procederá à tomada de declarações do ofendido, *se possível*. Portanto, diferentemente, no procedimento comum sumário não se faz indispensável a oitiva da vítima. Supõe-se que tal facultatividade neste procedimento, ao contrário do procedimento comum ordinário, deva-se à menor gravidade da infração penal, que terá pena máxima cominada inferior a 4 (quatro) anos. Por isso, cogitou o legislador da dispensabilidade da coleta do depoimento do ofendido. No rito comum ordinário, que abarca infrações penais com pena máxima cominada igual ou superior a 4 (quatro) anos, considerou a gravidade dos aludidos delitos. Com isso, não prescindiu da oitiva da vítima.

i) Não houve alteração quanto ao número de testemunhas possível de serem arroladas pelas partes, mantendo-se em 5 (cinco), consoante dispõe o artigo 532 do Código. No que se refere ao procedimento

comum sumário, descurou o legislador ao não aduzir que nesse número não serão computadas as testemunhas que não prestam compromisso e as referidas, diversamente do que ocorreu no procedimento comum ordinário (art. 401 e seu par. 1º). De qualquer sorte, em virtude de o artigo 394, § 5º, estabelecer que se aplicam subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário, assim deverá ser entendido também no procedimento sumário. Mais uma vez, repita-se, também não será computada no número legal a testemunha que nada souber sobre os fatos, de acordo com o parágrafo 2º do artigo 209 do Código de Processo Penal. Perdeu oportunidade, mais uma vez, o legislador de definir se o aludido número é individual para cada réu. Também não aduziu se diz respeito a cada fato delituoso apontado na denúncia ou queixa. Parece-nos que este é o entendimento que deverá prevalecer, consoante já era manifestado anteriormente pela doutrina e jurisprudência. Portanto, sob a ótica da defesa, cada réu poderá dispor do aludido número, haja vista o princípio da ampla defesa. E mais, citado número refere-se a cada fato delituoso atribuído ao réu. Quanto à acusação, o número de 5 (cinco) testemunhas deve ser considerado para cada fato delituoso atribuído na denúncia ou queixa, porquanto a acusação prova fatos, pouco importando o número de réus.

j) Estabeleceu-se o tempo de manifestação do assistente à acusação, limitado a 1/3 do tempo do titular da ação penal pública, isto é, 10 (dez) minutos (artigo 534, par. 2º). Isso porque o tempo da acusação é de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), consoante o artigo 534, “caput”.

k) No procedimento comum sumário também houve inovação extremamente relevante no que concerne ao interrogatório, que passou a ocorrer após a coleta de todas as demais provas orais em audiência de instrução e julgamento. Como já referido no procedimento comum ordinário, anteriormente à edição da Lei n.º 11.719/08 apenas no procedimento dos juizados especiais criminais tal proceder ocorria, não se verificando similitude em qualquer outro rito existente no Brasil. Agora, ao contrário, trata-se da regra no procedimento comum ordinário e sumário.

l) Também em virtude da previsão contida no parágrafo 5º do artigo 394 do Código de Processo Penal, que determina a aplicação

subsidiária das disposições do procedimento ordinário ao procedimento sumário, o magistrado que presidiu a instrução deverá proferir a sentença (parágrafo 2º do artigo 399). Ratificam-se as justificativas já analisadas alusivas ao tema, para evitar tautologia.

m) Se as partes pretenderem esclarecimentos dos peritos, deverão requerer (400, § 2º). Este dispositivo, assim como outros, terão aplicação em virtude da permissividade contida no artigo 394, § 5º, do Código de Processo Penal, que determina a aplicação subsidiária das disposições do procedimento comum ao procedimento sumário.

n) No procedimento comum sumário não houve previsão no sentido da possibilidade de as partes requererem diligências. Trata-se de omissão, a nosso sentir, lastimável. É evidente que acusação e defesa poderão necessitar de diligências para a comprovação de suas teses e que tal necessidade somente advirá no decorrer da audiência de instrução e julgamento. Por isso, mais uma vez invocando a subsidiariedade do procedimento comum ordinário relativamente ao procedimento comum sumário, explicitada no parágrafo 5º do artigo 394 do Código de Processo Penal, pensamos que se afigura possível às partes demandarem ao juiz a realização de diligências. Se isso ocorrer em audiência de instrução e julgamento e sendo deferido o pleito formulado, haverá necessidade de desdobramento da solenidade, transferindo-se os debates orais para outra ocasião, ou mesmo ocorrendo substituição por memoriais, a exemplo do rito comum ordinário. Não se vê qualquer impropriedade nesse proceder. Ao contrário, em razão dos princípios da ampla defesa e amplitude acusatória, é inegável a necessidade de que assim ocorra. Evidentemente, poderá o juiz indeferir o pedido de diligências ou também determinar a sua realização de ofício.

o) Inexiste, a partir da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/08, o procedimento sumário para as contravenções anteriormente previsto nos artigos 531 até 537. Se já havia consenso nesse sentido desde a promulgação da Constituição Federal de outubro de 1998 sobre o tema, em virtude da titularidade do Ministério Público para a ação penal pública, agora, com a reforma, formalmente desapareceu do sistema a vetusta previsão que anteriormente imperava nos aludidos dispositivos do Código.

## 6. Procedimento sumaríssimo

O legislador, no desenvolvimento da empreitada reformista do Código de Processo Penal, introduziu relevante acréscimo ao estabelecer, no parágrafo 1º do artigo 394, que *o procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo*. Ora, quanto ao procedimento comum ordinário e sumário já havia referência expressa no anterior diploma legal. Agora, inseriu no Código a previsão de existência do procedimento comum sumaríssimo. Portanto, deixou o procedimento sumaríssimo de ser especial para ser taxado pelo legislador como uma das espécies de procedimento comum.

No inciso III do parágrafo 1º do artigo 394, por sua vez, definiu que aludido procedimento deve ser aplicado às *infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei*.

Em seguimento, duas outras normas merecem ser apontadas desde logo, porquanto relacionadas com o reconhecimento formal da existência do procedimento comum sumaríssimo no Código de Processo Penal. São elas o parágrafo 4º do artigo 394, no sentido de que *as disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código*. Além disso, o parágrafo 5º do mesmo artigo determinando que se aplicam subsidiariamente *aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário*.

Analisando o panorama antes referido, conclui-se que a remissão à legislação ordinária contida no inciso III do parágrafo 1º do artigo 394 quanto à formação do procedimento sumaríssimo refere-se à Lei n.º 9.099/95 e à Lei n.º 10.259/01, ambas relativas aos juizados especiais criminais. Lá são encontrados todos os atos processuais a serem realizados quando se tratar de infrações penais de menor potencial ofensivo de competência estadual e federal.

Por isso, sem sombra de dúvidas, manteve-se o procedimento sumaríssimo previsto na Lei n.º 9.099/95.

Dessa forma, no âmbito dos juizados especiais criminais, preservada está a audiência preliminar, na qual poderá ocorrer composição



civil dos danos, nos termos do artigo 74 da Lei n.º 9.099/95, transação penal, de acordo com o artigo 76 da mesma Lei, bem como a ocorrência de audiência de instrução e julgamento, quando será posto em prática o procedimento sumaríssimo propriamente dito, por meio da seqüência dos atos elencados no artigo 81 da aludida norma.

Entretanto, inegável a necessidade de analisar a incidência dos artigos 395 a 397 do Código de Processo Penal, uma vez que o parágrafo 4º do artigo 394 do aludido Código determina a sua incidência a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código. Por isso, podem referidos dispositivos ser compatibilizados com o procedimento sumaríssimo previsto na Lei n.º 9.099/95?

Primeiramente, parece-nos de suma relevância anotar que a Constituição Federal, em seu artigo 98, inciso I, estabelece a aplicação às infrações penais de menor potencial ofensivo do procedimento *sumaríssimo* (sic). Desta forma, o que ocorreu no inciso III do parágrafo 1º do artigo 394 do Código de Processo Penal foi unicamente o reconhecimento de que o rito sumaríssimo faz parte do procedimento comum, não se tratando de procedimento especial. O Código de Processo Penal apenas chancelou, assim, a regulamentação do procedimento sumaríssimo *na forma da lei*, o que já existia na Lei n.º 9.099/95.

Pois bem. Se a Constituição Federal determina a aplicação de procedimento *sumaríssimo* às infrações penais de menor potencial ofensivo de competência dos Juizados Especiais Criminais, parece-nos que o parâmetro constitucional vincula o legislador ordinária a imprimir rito célere às aludidas infrações. O comando é constitucional. Não pode o legislador infraconstitucional ordinarizar um procedimento que, mais do que sumário, é sumaríssimo. Assim sendo, a compatibilização dos artigos 395 a 397 do Código de Processo Penal com o aludido rito passa, necessariamente, pela manutenção da necessária celeridade. Em outras palavras, não se poderá obter, como produto final da adaptação determinada no parágrafo 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal ao procedimento sumaríssimo para infrações penais de menor potencial ofensivo, resultado que não contemple a manutenção da necessária celeridade.

O que deve ocorrer, inicialmente, para compatibilizar os artigos 395 a 398 ao já existente procedimento sumaríssimo da Lei n.º 9.099/95, é aplicar as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa estabelecidas no artigo 395 do Código de Processo Penal. Com isso, o juiz, na audiência de instrução e julgamento referida no artigo 81 da Lei n.º 9.099/95, após a defesa oral do defensor, deverá apreciar se se trata de hipótese de rejeição liminar da inicial acusatória. Aliás, tal proceder já era possível anteriormente à reforma do Código. Apenas que a rejeição era prevista no artigo 43 do mesmo *codex*, agora revogado. Além do mais, são díspares as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa e de absolvição sumária. Por isso, preconizamos que o magistrado, caso receba a inicial acusatória, de plano decida se absolve sumariamente o acusado ou não.

Ainda, entende-se ser viável e até necessária a análise, pelo juiz, após o recebimento da denúncia ou queixa, da possibilidade de absolvição sumária do acusado, dentre as hipóteses elencadas no artigo 397 do Código de Processo Penal. Veja-se que a absolvição do acusado, sumariamente, só pode ocorrer após o recebimento da denúncia ou queixa. Não se pode cogitar de absolver alguém antes de tal acontecimento processual. A rejeição da inicial acusatória, ao contrário, pode e deve acontecer antes da admissibilidade da acusação.

Com relação ao artigo 396, que estabelece a existência de resposta escrita à acusação em 10 (dez) dias, após o recebimento da denúncia ou queixa<sup>8</sup>, parece-nos ser inviável sua aplicação ao rito sumaríssimo previsto para as infrações penais de menor potencial ofensivo. Com efeito, a previsão de existência do aludido procedimento é constitucional (artigo 98, inciso I, da Constituição Federal). O Código de Processo Penal, em seu artigo 394, parágrafo 1º, inciso III estabelece a existência do rito sumaríssimo na forma da lei, devendo ser entendida como a Lei n. 9.099/95, já existente. Por isso, a despeito de o parágrafo 4º do artigo 394 determinar a incidência a todos os procedimentos dos artigos 395 a 398 do Código de Processo Penal, o inciso III do parágrafo 1º do artigo 394 do mesmo Código é norma especial em relação àquela, remetendo à lei a

---

<sup>8</sup> Apesar, conforme já salientado quando da análise dos ritos comum ordinário e sumário, da possibilidade de interpretação no sentido de que a resposta do artigo 396 deva ocorrer antes do recebimento da denúncia ou queixa.

formatação do procedimento sumaríssimo. Assim sendo, há contradição entre o disposto no parágrafo 4º do artigo 394 e a previsão contida no inciso III do parágrafo 1º do artigo 394, ambos do Código de Processo Penal. O último remetendo à lei a formação do procedimento sumaríssimo. O primeiro, estabelecendo a inserção dos artigos 395 a 398 ao aludido procedimento.

Consoante já analisado anteriormente, não se poderá deturpar o procedimento sumaríssimo a partir da reforma pretendida pelo legislador ordinário se isso representar afronta à Constituição. E a Carta Maior determina o estabelecimento de procedimento *sumaríssimo*. (sic) A aplicação do artigo 396 ao procedimento sob análise transformaria rito que deve ser absolutamente célere em rito mais amplo e moroso do que o próprio procedimento comum ordinário. Veja-se que se adotada a incidência do artigo 396 do Código de Processo Penal no procedimento sumaríssimo estabelecido no artigo 81 da Lei n.º 9.099/95, ter-se-ia que, em audiência de instrução e julgamento, após a defesa oral do advogado, o Juiz deverá decidir se recebe ou rejeita (artigo 395) a denúncia ou queixa. Recebendo-a, deverá citar o acusado para resposta escrita em 10 dias (artigo 396).<sup>9</sup> Neste momento, a audiência seria encerrada, aguardando-se a resposta do acusado em 10 dias. Com a resposta, o Juiz deverá analisar se absolve sumariamente o acusado (artigo 397 do Código de Processo Penal). Se não o absolver, deverá designar audiência de instrução e julgamento para encerrar o processo. Nela, ocorrerá a oitiva da vítima, se arrolada, das testemunhas da acusação, defesa, interrogatório, debates orais e sentença.

Evidentemente, a adaptação do artigo 396 do Código de Processo Penal ao procedimento sumaríssimo, repita-se, deturpa-o, afronta a necessária celeridade e, por conseqüência, a Constituição Federal.

Nesses termos, sustenta-se a inconstitucionalidade do parágrafo 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal quando determina a incidência do artigo 396 ao procedimento sumaríssimo, havendo afronta ao disposto no artigo 98, inciso I, da Constituição.

---

<sup>9</sup> Observe-se que, neste caso, ocorreriam duas citações. A primeira por ocasião da audiência preliminar (artigo 78 da Lei n. 9.099/95), e a segunda em decorrência do artigo 396 do Código de Processo Penal.

Não bastasse, no sentido da inviabilidade de aplicação do artigo 396 ao procedimento sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo, regulado na Lei n.º 9.099/95, veja-se que o próprio artigo do Código faz referência, ao seu início, aos procedimentos *ordinário e sumário*. Portanto, o legislador, conscientemente, excluiu de seu conteúdo o procedimento sumaríssimo.

Em acréscimo substancial, ainda, diga-se que para as infrações penais de menor potencial ofensivo vigoram os princípios ou critérios da celeridade, informalidade, oralidade, simplicidade e economia processual (artigos 2º e 62 da Lei n.º 9.099/95). Ora, a adaptação do artigo 396 ao rito sumaríssimo estabelecido no artigo 81 da Lei n.º 9.099/95 seria contrária aos aludidos princípios. Portanto, sem a mínima possibilidade de sua aplicação.

Não se argumente com a tese da violação ao princípio da ampla defesa, porquanto se mantém a contestação oral do defensor antes do recebimento da denúncia ou queixa prevista na abertura da audiência de instrução e julgamento, nos termos do artigo 81 da Lei n.º 9.099/95. A inserção do artigo 396 no procedimento sumaríssimo acarretaria a existência de nova resposta, escrita, após o recebimento da inicial acusatória. Ora, ocorreriam duas respostas por parte da defesa antes da ocorrência da instrução do processo. Sustenta-se, neste caso, que o excesso de manifestações defensivas antes do pronunciamento da acusação pode ser, inclusive, prejudicial ao réu, na medida em que haverá antecipação de teses que, por estratégia, devem ser reservadas para o momento oportuno. Para o exercício da ampla defesa afigura-se suficiente uma manifestação, o que ocorrerá por meio da resposta ora, antes do recebimento da denúncia ou queixa. Evidentemente que o defensor deverá ser alertado, quando da citação do acusado (artigo 78 da Lei n.º 9.099/95), que a resposta oral a ser produzida em audiência de instrução e julgamento, antes do recebimento da inicial acusatória, deverá conter argumentos destinados à rejeição da denúncia ou queixa e também à absolvição sumária do réu, caso recebida a peça acusatória. Com isso, preserva-se absolutamente o princípio da ampla defesa.

Ademais, nada impede que o juiz rejeite liminarmente a inicial, a teor atual do artigo 395 do Código de Processo Penal, o que já podia ocorrer anteriormente. Quanto à absolvição sumária (artigo 397 do Código de Processo Penal), que se constitui em verdadeira inovação, não se

vislumbra, conforme já argumentado, qualquer conflito em ser aplicada após o recebimento da inicial acusatória. Com isso, acredita-se que haverá a mais ampla defesa ao acusado, acrescentando-se possibilidades ao já benevolente procedimento sumaríssimo existente na Lei n.º 9.099/95. Por fim, veja-se que sob o pálio do rito sumaríssimo já encontrado na aludida lei, o interrogatório do réu era o último ato na coleta da prova a ser realizado em audiência de instrução e julgamento. Tratava-se de proceder exclusivo, porquanto nos demais procedimentos então existentes o interrogatório era realizado ao início da instrução. Assim, o procedimento sumaríssimo do artigo 81 já contemplava o interrogatório ao final, sem que, doravante, haja prejuízos ao acusado.

Em suma, pode-se resumir da seguinte maneira a formatação do rito sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo, a partir da reforma em comento:

1º) Na audiência preliminar, preenchidas as formalidades legais, quando for o caso, deverá ocorrer tentativa de composição dos danos civis entre a vítima e o autor do fato, consoante o disposto no artigo 74 da Lei n.º 9.099/95.

2º) Não ocorrendo a conciliação ou não sendo cabível, tem-se a possibilidade de propositura da transação penal, nos termos do artigo 76 da Lei n.º 9.099/95.<sup>10</sup>

3º) Inocorrendo a transação penal, porquanto não aceita ou ausente algum dos seus requisitos, poderá ser oferecida denúncia ou queixa oral.

4º) Com a denúncia ou queixa oferecida, o juiz deverá citar o acusado para a audiência de instrução e julgamento que será designada, nos termos do artigo 78 da Lei n.º 9.099/95.

5º) Na abertura da audiência de instrução e julgamento, inicialmente, se não tiver ocorrido possibilidade de tentativa de composição dos danos civis e transação na audiência preliminar, deverá o juiz possibilitar que isso ocorra nesse momento, em consonância com o artigo 79 da Lei n.º

---

<sup>10</sup> Discute a doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade de ocorrer transação em ações penais privadas. Há flagrante divisão. Não se descarta, entretanto, a sua admissibilidade, haja vista o princípio constitucional da igualdade.

9.099/95. Sustentamos a possibilidade de serem renovadas a proposta de composição dos danos civis e transação penal ao início da audiência de instrução e julgamento, inclusive quando tais benefícios tenham sido oportunizados na audiência preliminar sem sucesso pela negativa das partes em aceitá-los. Em se tratando de benesses despenalizadoras, a reiteração da proposta na abertura da audiência de instrução e julgamento ainda poderá evitar a ação penal.

6º) Superada a etapa do artigo 79 da supracitada Lei, procede-se de acordo com o artigo 81, isto é, o magistrado passa a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que receberá ou rejeitará a denúncia ou queixa.

7º) Se receber a inicial acusatória, deverá analisar a hipótese de absolvição sumária nos termos do artigo 397 do Código de Processo Penal. Não absolvendo o réu sumariamente, o juiz passará a ouvir a vítima, se arrolada, as testemunhas da acusação e da defesa, sucessivamente. Após, interrogará o réu para, ao final, ocorrer debates orais entre o autor da ação e a defesa. Apesar da omissão do legislador quanto ao tempo de alegações orais das partes no rito sumaríssimo do juizado especial criminal, deve-se adotar analogicamente o lapso estabelecido para o procedimento comum sumário, isto é, 20 (vinte) minutos para cada parte, prorrogáveis por mais 10 (dez) a critério do Juiz. Finalizando, o magistrado deverá prolatar sentença em audiência.

Com o panorama apresentado, espera-se compatibilizar da melhor forma o procedimento sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo e os dispositivos acrescentados pelo Código de Processo Penal contidos nos artigos 395 a 398, que devem ser aplicados a todos os procedimentos no dizer do parágrafo 4º do artigo 394 do aludido Código.

#### **6.1. Remessa dos autos do juizado especial criminal ao juízo criminal comum**

O artigo 548 do Código de Processo Penal, com a nova redação que a Lei n.º 11.719/08 lhe conferiu, estabelece:

MONICA

**Comment:** Frase incompleta.

Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo.

Primeiramente, impende estabelecer em que hipóteses podem ocorrer a remessa dos autos pelo juizado especial criminal ao juízo criminal comum, a fim de se conferir aplicação ao dispositivo supra. São duas as situações.

A primeira delas no artigo 66 da Lei n.º 9.099/95, estabeleceu o legislador obrigatoriedade de haver citação pessoal do acusado em se tratando de infrações penais de menor potencial ofensivo. Por conseqüência, o seu parágrafo único também dispõe que diante da impossibilidade de citação pessoal, deverá o juiz determinar a remessa dos autos ao juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei. Veja-se que em matéria de competência do juizado especial criminal, não foi permitida a ocorrência de citação por edital, em razão do princípio da celeridade que lá impera. Por isso, diante da impossibilidade de citação pessoal, haverá deslocamento da competência para o juízo criminal comum, com a remessa dos autos.

A segunda e última hipótese na qual tal fenômeno pode ocorrer é prevista nos parágrafos 2º e 3º do artigo 77 da Lei n.º 9.099/95, em suma, quando o juiz se deparar com fato complexo que dificulte o oferecimento da denúncia (§ 2º) ou que prejudique a célere instrução quando da ação penal privada (§ 3º). Nesses casos, também motivados pela necessária celeridade, autorizou o legislador remessa dos autos ao juízo criminal comum, a exemplo do parágrafo único do artigo 66 da referida Lei.

Com isso, anteriormente à reforma implementada pela Lei n.º 11.719/08, enorme celeuma existia na doutrina e jurisprudência acerca de qual procedimento deveria ser adotado quando do deslocamento da competência dos juzados especiais criminais ao juízo criminal comum, na medida da ausência de previsão legal para tanto. Agora, diante da redação do artigo 548 do Código de Processo Penal, inexistente qualquer dúvida. Deverá

ser aplicado o rito sumário. Tal opção é óbvia, porquanto as infrações que tramitam perante o juizado possuem pena privativa da liberdade não superior a 2 (dois) anos. Sendo assim, com a remessa ao juízo comum, o procedimento a ser imprimido é o sumário, que se aplica às infrações com penas inferiores a 4 (quatro) anos.

## **7. Procedimento para crimes do estatuto do idoso**

O Estatuto do Idoso, contido na Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003, estabelece em seu conteúdo diversos tipos penais, o que se verifica a partir do artigo 95 até o artigo 108. Observam-se, dentre os crimes ali previstos, sanções penais das mais variadas graduações, existindo algumas de relativa intensidade na sanção privativa da liberdade e outras caracterizando infrações penais de menor potencial ofensivo.

Quanto ao rito a ser adotado para aludidos delitos, o artigo 94 da Lei n.º 10.741/03 prevê a aplicação do procedimento previsto na Lei n.º 9.099/95 quando a pena máxima privativa de liberdade não ultrapassar 4 (quatro) anos. Apenas subsidiariamente serão aplicados os Códigos Penal e de Processo Penal, no que couber.

Diante dessa realidade, uma dúvida emerge: será ainda aplicável a previsão contida no artigo 94 do Estatuto do Idoso para os crimes nele previstos com pena máxima não superior a 4 (quatro anos), isto é, o procedimento da Lei n.º 9.099/95? Ou deverá ser aplicado, doravante, o procedimento comum estabelecido no artigo 394 do Código de Processo Penal, conforme a pena máxima privativa da liberdade prevista, porquanto o referido artigo do Código rege o mesmo tema e passou a definir o procedimento a partir do montante da pena privativa da liberdade máxima prevista para a infração penal?

Analisando detidamente o problema gerado pelo legislador, é possível a existência de dupla possibilidade de interpretação.

A primeira delas no sentido de que a norma contida no artigo 94 do Estatuto do Idoso está revogada tacitamente pelo artigo 394 do Código de Processo Penal. Por consequência, não terá mais aplicação o



procedimento da Lei n.º 9.099/95 aos crimes contra o idoso com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos, e sim teremos como parâmetro tão-somente o artigo 394 do aludido Código. Isso porque, com a reforma, o Código de Processo Penal passou a reger a natureza do procedimento a partir do quantum da pena máxima cominada, em se tratando da aplicação do procedimento comum. Vejamos esta hipótese.

Consoante dispõe o artigo 394 do Código de Processo Penal e já abordado, o procedimento será comum ou especial. Dentre as espécies de procedimentos comuns estão o ordinário para crimes com pena privativa da liberdade cominada em abstrato igual ou superior a 4 (quatro) anos; sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; e sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

Tendo em vista que o procedimento sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo é considerado de natureza comum, não sendo especial, a partir do novel dispositivo contido no artigo 394 do Código de Processo Penal deverá ser aplicado às aludidas infrações, em suma, àquelas de competência dos juizados especiais criminais, pois é lá que estão definidas<sup>11</sup>. Considerando que o artigo 394, com a atual redação, é legislação posterior que dispõe sobre a mesma matéria e se mostra incompatível com a anterior previsão do artigo 94 do Estatuto do Idoso, não teria mais aplicação este artigo do Estatuto. A partir da nova redação do artigo 394, o procedimento comum será aplicado de acordo com a pena máxima privativa da liberdade prevista no tipo penal.

No dizer de Bonfim, encerra-se a vigência da norma processual penal *por sua revogação, seja pelo advento de norma posterior que diga respeito à mesma matéria ou se mostre incompatível com a norma anterior (revogação tácita – art. 2º, § 1º, do Dec.-Lei n. 4.657/42)*.<sup>12</sup>

Tem-se, pois, como primeira interpretação que o artigo 94 do Estatuto do Idoso não determina a aplicação de um procedimento especial. Ao estabelecer a incidência do rito da Lei n.º 9.099/95 aos crimes contra o

<sup>11</sup> Artigo 61: "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

<sup>12</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 91.

idoso com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos, está a exigir a aplicação do rito comum sumaríssimo. Se o Código de Processo Penal foi reformado para determinar a aplicação do rito sumaríssimo às infrações penais de menor potencial ofensivo, não haveria mais viabilidade de sua aplicação aos crimes contra o idoso com patamar de pena não superior a 2 (dois) anos, porquanto este é o conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo. Doravante, quando a pena máxima privativa da liberdade cominada for superior a 2 (dois) anos, caberia o rito comum sumário ou ordinário, em consonância com o disposto no artigo 394 do Código de Processo Penal.

Estar-se-ia diante de hipótese de revogação tácita do artigo 94 do Estatuto do Idoso.

Contrariamente à tese esposada, é também possível argumentar no sentido da manutenção da vigência do artigo 94 do Estatuto do idoso a partir da concepção de que se trata de Lei Especial. Sendo legislação peculiar, pode estabelecer normatização específica para os delitos nela previstos. Assim, optou o legislador por imprimir rito extremamente célere para delitos contra o idoso de gravidade média, isto é, com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos. Poderia fazê-lo e o fez. Com isso, tem-se previsão de aplicação do rito sumaríssimo a infrações que não são de menor potencial ofensivo, haja vista desiderato no sentido de agilizar o julgamento de determinados delitos contra o idoso, prestando satisfação célere à vítima e à sociedade. Aliás, quando o legislador determinou a incidência do rito sumaríssimo às infrações penais de menor potencial ofensivo no inciso III do parágrafo 1º do artigo 394, não o fez de forma exclusiva. Não há qualquer alusão à impossibilidade do emprego do rito sumaríssimo a outras infrações penais.

Em acréscimo ao argumento desenvolvido, diga-se que o parágrafo 2º do artigo 394 do Código de Processo Penal determina que se aplica a todos os processos o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial. Significa dizer que para a existência de rito especial deve haver previsão expressa. Não existindo, adota-se o rito comum (ordinário, sumário ou sumaríssimo). Considerando que o rito sumaríssimo é de natureza comum, não se encontra vedação para sua adoção em outras infrações que não sejam de menor potencial ofensivo, como se vê para alguns delitos contra o idoso. No caso, está-se adotando o rito comum sumaríssimo, em consonância com disposição do próprio

Portanto, sustenta-se a manutenção em vigor do artigo 94 do Estatuto do Idoso, o que produz o efeito de imprimir o rito sumaríssimo aos crimes do Estatuto com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos. Trata-se, assim, de exceção à adoção do procedimento comum ordinário quando a pena for igual a 4 (quatro) anos e sumário quando inferior a este patamar, desde que superior a 2 (dois) anos.

Também relevante asseverar que os crimes previstos no Estatuto do Idoso com pena máxima não superior a 2 (dois) anos serão sempre da competência do juizado especial criminal, aplicando-se-lhes tudo o que estiver disposto na Lei n.º 9.099/95. O artigo 94 do Estatuto não alterou a competência para ditas infrações de menor potencial ofensivo. Quando a pena máxima cominada para a infração penal contra o idoso for superior a 2 (dois) anos, exclui-se o delito da competência dos juzados especiais criminais, devendo ser processado no juízo criminal comum. Tais advertências se fazem necessárias porquanto não incomum o intérprete concluir que as infrações penais com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos contra o idoso passaram a ser da competência dos juzados especiais criminais a partir da redação do artigo 94 do Estatuto do Idoso. Não. O aludido artigo não se refere à competência, e sim ao procedimento a ser imprimido a algumas infrações contra o idoso quando tiverem pena não superior a 4 (quatro) anos.

## 8. Procedimentos especiais

Uma análise, mesmo que perfunctória, das reformas motivadas pela Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, permite-nos concluir pela manutenção da existência de procedimentos especiais em vigor. Consoante já referido anteriormente, houve o reconhecimento pelo legislador da persistência de procedimentos especiais em nosso sistema processual penal.

<sup>11</sup> Nesse sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 624. (FALTA O TÍTULO DA OBRA) Ver, também, JESUS, Damásio de. *Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol de crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2003. [www.damasio.com.br/novo/html/frame\\_artigos.htm](http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm).

Vê-se que o artigo 394 do Código de Processo Penal, com a atual redação estabelece que *o procedimento será comum ou especial*. Empregou o legislador a expressão *será* para aduzir de maneira determinante a existência dos procedimentos comuns e os procedimentos especiais. Não houve, destarte, alusão a quais seriam os procedimentos especiais ou qual seria a ordem de atos processuais para a sua formação. Limitou-se o legislador a reconhecer a sua existência. Em acréscimo, o parágrafo 2º do artigo 394 do Código de Processo Penal também aduz que se aplica a todos os processos o procedimento comum, *salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial*.

Com isso, acredita-se que não houve revogação de qualquer dos procedimentos especiais até então existentes, quer seja no Código de Processo Penal, quer seja em leis especiais, permanecendo todos em pleno vigor.

O que se terá de observar, doravante, é a previsão contida nos parágrafos 2º e 4º do artigo 394 que determinam a aplicação, a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados no Código de Processo Penal, dos artigos 395 a 398. Este tema, árduo, será enfrentado em cada procedimento especial objeto de comentários a seguir. Desde logo, relevante apontar que o artigo 398 está vetado.

Aliás, não se diga que a expressão contida no artigo 394, *apud*, no sentido da existência de procedimento especial refere-se ao procedimento sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo, previsto no inciso I do parágrafo 1º do artigo 394 do Código de Processo Penal. Veja-se que o referido inciso I faz parte do parágrafo 1º. Este, por sua vez, aduz que o procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo. Assim, o procedimento sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo de competência do juizado especial criminal é de natureza comum. Outros são os procedimentos especiais.

Assim sendo, temos em vigor no Brasil o procedimento comum, dividido em ordinário, sumário e sumaríssimo, e procedimentos especiais.

Por isso, nos procedimentos especiais deverá incidir o artigo 395, que dispõe acerca das hipóteses nas quais a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada.

Também deverá ser compatibilizado o artigo 396 (e, por consequência, 396-A), que determina a necessidade de o juiz, verificando não se tratar de hipótese de rejeição liminar da inicial acusatória, decidir pelo recebimento e ordenar a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias.

Ainda estreme de dúvida é a aplicação aos ritos especiais do artigo 397 do Código de Processo Penal, ou seja, o magistrado deverá analisar se não há hipótese de absolvição sumária.

Considerando que os artigos 395 a 397 incidirão nos procedimentos especiais a partir da determinação do parágrafo 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal, dispõem sobre atos que deverão ocorrer a partir do momento da análise do recebimento da denúncia ou queixa, inegável que outros atos que ocorram antes disso, já previstos em procedimentos especiais na legislação pertinente, ainda deverão ser praticados, mormente quando disserem respeito ao princípio da ampla defesa.

Por isso, sustentamos que, a despeito da aplicação dos artigos 395 a 397 aos ritos especiais, ainda será necessária, por exemplo, a notificação para alegações preliminares a que se refere o artigo 514 do Código de Processo Penal, conforme será exposto em momento oportuno, assim como outros atos ainda vigentes que caracterizam determinados ritos especiais.

Vejamos a situação que se afigura atinente aos procedimentos especiais em vigor.

### **8.1 Procedimento especial para crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública**

A partir da concepção já estabelecida no sentido da possibilidade de existência de procedimentos especiais, vê-se que foram mantidos no Código de Processo Penal os artigos 513 a 518, que dispõem sobre o procedimento especial a ser adotado para os crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, ou, mais apropriadamente, crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública.

Pois bem. Até a entrada em vigor da Lei n.º 11.719/08, que

alterou substancialmente a ritualística processual penal, tínhamos que para os aludidos delitos devia ser aplicado o procedimento comum ordinário para crimes apenados com reclusão, consoante dispunham os artigos 517 e 518 do Código de Processo Penal. Lá se verifica determinação no sentido da incidência do rito contido no Capítulo I do Título X do Livro I a partir do recebimento da denúncia ou queixa (artigo 517), bem como dos Capítulos I e III, Título I, do mesmo Livro, na instrução criminal (artigo 518).

O diferencial, que tornava o procedimento especial, era a previsão contida no artigo 514 do Código, no sentido de o acusado ser notificado antes do recebimento da denúncia ou queixa para responder por escrito à acusação em 15 (quinze) dias nos crimes afiançáveis, que são a grande maioria. Repita-se, o artigo 514 não foi revogado a partir do processo revisional do Código.

Ora, considerando a vigência integral do Capítulo I do Título I do Livro II do Código de Processo Penal, que contempla os artigos 394 a 405 do Código de Processo Penal, com as alterações em comento, e a mantença em vigor dos artigos 513 até 518, sustentamos a necessidade de se aplicar aos aludidos crimes o procedimento comum ordinário, sumário ou sumaríssimo, dependendo do montante de pena privativa da liberdade máxima cominada em abstrato ser igual ou superior a 4 (quatro) anos, ser inferior a este patamar, ou mesmo em se tratando de infração penal de menor potencial ofensivo.

Conclui-se nesse sentido na medida em que os artigos 517 e 518 estão em pleno vigor. Ora, no artigo 517 está a determinação no sentido de que se aplique o disposto no Capítulo I do Título X do Livro I do CPP uma vez recebida a denúncia ou queixa (relativo às citações), enquanto que o artigo 518 do mesmo Código impõe a aplicação do disposto nos Capítulos I e II, Título I, do mesmo Livro (no qual se encontram os artigos 394 a 405). **Considerando, consoante já dito, que há determinação expressa no sentido de que se deva observar o disposto no artigo 394 do CPP, indubitável que nele está o norte para a definição do rito quanto aos aludidos delitos.**

Portanto, em nosso sentir, não se aplica mais o procedimento comum ordinário como regra, que antes regia os delitos apenados com

reclusão. Agora, o procedimento poderá ser comum ordinário, sumário ou sumaríssimo, dependendo do montante da pena máxima em abstrato cominada para a infração penal.

A especialidade do procedimento mantém-se na medida em que o artigo 514 determina a necessidade de notificação do acusado, antes do recebimento da denúncia ou queixa, para fins de resposta escrita à acusação quando o delito for afiançável. Importante referir que são inafiançáveis os crimes de excesso de exação (artigo 316, § 1º do Código Penal), facilitação do contrabando ou descaminho (artigo 318 do mesmo Código), e os delitos previstos nos incisos I e II do artigo 3º da Lei n.º 8.137/90, porquanto a pena mínima cominada ultrapassa 2 anos de reclusão (inciso I do artigo 323 do Código de Processo Penal). Os demais crimes funcionais são afiançáveis.

Não se pode desconsiderar, neste particular, a discrepância de entendimentos existente entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Veja-se que no âmbito do STJ houve a edição da Súmula n.º 330 com o seguinte teor: *É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial.*

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, que anteriormente já havia manifestado posição no mesmo sentido, modificou seu entendimento por meio do HC 89686/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 12.06.07, decidindo pela necessidade de notificação prévia ao funcionário público apesar de ter sido investigado por meio do inquérito policial. Com isso, no Pretório Excelso firmou-se entendimento no sentido de que a notificação prévia não é dispensada quando a denúncia se apóie em inquérito policial. Apenas ficam dispensados os elementos de informação contidos no artigo 513 do Código de Processo Penal.

A despeito da divergência de posicionamentos antes mencionada, se o crime funcional for inafiançável, nenhuma especialidade haverá, adotando-se simplesmente o rito comum ordinário, sumário ou sumaríssimo dependendo do montante da pena privativa da liberdade máxima em abstrato cominada para a infração penal.

Relevante destacar que o particular que cometer delito

funcional em concurso de pessoas com o funcionário público não terá direito de ser notificado para os fins do artigo 514 do Código de Processo Penal. Trata-se de prerrogativa exclusiva do funcionário público. Evidentemente que nenhum prejuízo haverá para o acusado particular se for notificado, na medida em que ocorrerá o exercício ainda maior da ampla defesa. Cabível, em tal hipótese, a apresentação de correição parcial pelo autor da ação penal.

Com relação à ausência de apresentação pelo acusado da aludida defesa preliminar, uma vez intimado, consoante maciça jurisprudência e doutrina, não acarreta nulidade do feito. Trata-se de opção do acusado apresentá-la. A falta da notificação, com a devida vênia de entendimento contrário, acarretará a nulidade relativa do feito, devendo ser manifestada em momento oportuno, sob pena de preclusão. Trata-se de posição majoritária, inclusive nos Tribunais Superiores. Há, inegavelmente, posição no sentido de existir nulidade absoluta por cercear o direito de defesa.

Se o funcionário público deixar de exercer a função pública perderá o direito de ser notificado, apesar de o delito ter sido perpetrado durante o exercício da aludida função. Trata-se de prerrogativa a ser exercida quando se é funcionário público, notadamente em razão do motivo de sua existência, isto é, para evitar que o funcionário da administração seja processado de forma temerária ou injusta e, com isso, possa causar prejuízos inclusive à imagem da administração pública. Em essência, o motivo da existência de tal resposta preliminar não se dirige à pessoa do funcionário, mas à proteção do conceito objetivo da própria administração pública.

Desta forma, possível definir o rito a ser imprimido aos delitos funcionais:

- a) Quando o delito funcional tiver pena privativa da liberdade máxima cominada inferior a 4 (quatro) anos, adota-se o rito comum sumário, de acordo com a norma contida no inciso II do parágrafo 1º do artigo 394 do Código de Processo Penal recepcionado pela reforma.
- b) Quando o delito funcional tiver pena privativa da liberdade



cominada igual ou superior a 4 (quatro) anos, adota-se o rito comum ordinário, haja vista a norma contida no inciso I do parágrafo 1º do artigo 394 do Código de Processo Penal recepcionado pela reforma.

c) Se a infração for de menor potencial ofensivo, adota-se o procedimento sumaríssimo estabelecido na Lei n.º 9.099/95, de competência dos juizados especiais criminais.

d) Se o crime funcional for afiançável, impõe-se a necessidade de ser notificado o acusado para os fins do artigo 514 do Código de Processo Penal, antes do recebimento da denúncia ou queixa, também recepcionado. Neste particular, deve-se observar a divergência existente no STJ e no STF quanto à necessidade ou não da aludida notificação quando a denúncia vier acompanhada do inquérito policial, meio pelo qual o funcionário público foi investigado, consoante já ressaltado.

e) Se o crime funcional for inafiançável, nenhuma especialidade haverá, porquanto inaplicável o artigo 514 do Código de Processo Penal. Na hipótese, procede-se de acordo com os itens “a”, “b” e “c” anteriores, unicamente.

## **8.2 Procedimento para crimes de calúnia, difamação e injúria**

Inicialmente, ao se enfrentar a análise do procedimento para crimes contra a honra, afigura-se imprescindível referir que a pena privativa da liberdade máxima cominada às aludidas infrações penais não é, de regra, superior a 2 (dois) anos. Com isso, desde logo, não se olvide que, assim sendo, a competência dos juizados especiais criminais se impõe, haja vista a existência de infração penal de menor potencial ofensivo.

Portanto, quando o delito contra a honra tiver pena privativa da liberdade máxima cominada não superior a 2 (dois) anos, na medida em que se estabelece a competência dos juizados especiais criminais, remete-se o leitor ao capítulo n.º 6 antes estudado relativo ao tema, devendo ser aplicado o procedimento estabelecido na Lei n.º 9.099/95, com os

acrécimos já ressaltados.

Ocorre, entretanto, que em três hipóteses não haverá a competência dos juizados especiais criminais para os delitos de calúnia, difamação e injúria. São eles:

1º) O crime de injúria qualificada, previsto no artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal, que possui pena privativa da liberdade entre 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão. Extrapola, pois, o limite da competência dos juizados e não se trata de infração penal de menor potencial ofensivo. Afasta-se o rito sumaríssimo estabelecido na Lei n.º 9.099/95.

2º) O crime de calúnia, quando majorado pela incidência do artigo 141 do Código Penal, que determina o acréscimo de 1/3 na pena. Com isso, verificando-se que a calúnia possui pena privativa da liberdade estabelecida em abstrato de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Com o acréscimo da majorante antes referida, ter-se-á o montante máximo superior a 2 (dois) anos. Neste caso, também não ocorrerá a competência dos juizados especiais criminais e não se estará diante de infração penal de menor potencial ofensivo, afastando-se o rito sumaríssimo previsto na Lei n.º 9.099/95.

3º) Por último, não se pode deixar de lembrar a hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher na forma moral, consoante define o artigo 7º, inciso V, da Lei n.º 11.340/06. Considerando que o artigo 41 do aludido diploma legal exclui terminantemente a incidência da Lei n.º 9.099/95 aos crimes que caracterizem violência doméstica e familiar contra a mulher, tem-se que não poderá ser adotado o rito sumaríssimo estabelecido para as infrações penais de menor potencial ofensivo nesses casos, ainda que a pena máxima cominada não seja superior a 2 (dois) anos. Desta forma, se houver a prática de crime de calúnia, difamação ou injúria que caracterize violência doméstica ou familiar contra a mulher, o rito a ser imprimido deverá ser buscado fora da Lei n.º 9.099/95.

Nas hipóteses ressaltadas, pois, afastado estará o rito sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo previsto na Lei n.º 9.099/95, mesmo que a infração cometida possa situar-se dentro do limite de pena máxima cominada abrangido pela competência dos

juizados especiais criminais (na hipótese da violência doméstica).

Estabelecida esta premissa, também fundamental verificar que o legislador reformador não revogou os artigos 519 a 523 do Código de Processo Penal, que sempre disciplinaram o procedimento alusivo aos crimes de calúnia, difamação e injúria quando não se lhes aplicasse o rito estabelecido na Lei n.º 9.099/95. Com isso, a partir do disposto no artigo 519, tinha-se que a eles deveria ser adotado o disposto nos Capítulos I e III, Título I, do Livro II, com as modificações constantes nos artigos 520 a 523. Anteriormente, pois, adotava-se o procedimento comum ordinário para crimes apenados com reclusão, mesmo quando a pena porventura fosse detenção, haja vista determinação legal expressa nesse sentido.

Na atualidade, considerando a vigência ainda existente dos artigos 519 a 523 do Código de Processo Penal, notadamente o artigo 519 que determina deva ser adotado o disposto nos Capítulos I e III, Título I, do Livro II do Código aos crimes contra a honra, e neles (Capítulo I) estar inserido o artigo 394 que redefiniu os procedimentos comum ordinário e sumário, cremos ser indubitável que, doravante, será aplicado o procedimento sumário às aludidas infrações penais, considerando o montante da pena privativa da liberdade máxima cominada ser inferior a 4 (quatro) anos.

Por isso, adota-se o artigo 519 para concluir que o rito a ser imprimido aos crimes de calúnia, difamação e injúria, quando não forem da competência dos juizados especiais criminais, será regido pelo artigo 394 do Código de Processo Penal. No caso, o procedimento comum sumário.

A especialidade do rito será definida a partir da aplicação dos artigos 520 a 523.

Veja-se que nos artigos 520 a 522 do Código de Processo Penal há determinação no sentido de que o juiz deverá designar audiência preliminar de tentativa de reconciliação entre o querelante e o querelado, antes de receber a queixa. Esta formalidade, que já existia e era aplicada, persiste. **Quando a ação penal for privada**, deverá o magistrado designar a referida solenidade, com o fito de obter a reconciliação entre as partes. Caso isso ocorra, a queixa será arquivada (artigo 522). Trata-se, pois, de ato

processual que caracterizará o rito como sendo especial. Mas, tal ocorrência somente se dará quando se tratar de ação penal de natureza privada, repita-se.

Tema que sempre mereceu destaque diz respeito à ausência injustificada do querelante à audiência preliminar de tentativa de reconciliação. Acerca do problema, duas posições apresentam-se distintas. A primeira orientação sustenta que a ausência do querelante determina a ocorrência de perempção, a teor do artigo 60, inciso III, do Código de Processo Penal. Neste sentido, é a posição de Tourinho Filho.<sup>14</sup> Em linha de pensamento oposta, verifica-se entendimento no sentido de que inocorre perempção pela ausência do querelante à aludida audiência preliminar, na medida em que ainda não implementada a relação processual com o recebimento da queixa. Por isso, o juiz deverá tomar a ausência do querelante como manifestação de desinteresse pela reconciliação e decidir se recebe ou não a inicial acusatória de natureza privada. É a posição de Damásio e Nucci.<sup>15</sup> A jurisprudência, da mesma forma, é divergente. Pela perempção, veja-se RT 554/374 e 563/396. Entendendo inoocorrer perempção, RESP 125022, RESP 9843 e RTJRS 201/95.

Quanto à ausência do querelado, regularmente intimado para a audiência preliminar, entendemos deva ser compreendida como desinteresse na reconciliação, indubitavelmente. Indevida qualquer pretensão de conduzir coercitivamente o querelado à aludida audiência, porquanto ainda não completada a relação processual com o recebimento da queixa-crime e a citação, de acordo com a nova redação contida no artigo 363 do Código de Processo Penal.

Ademais, a existência da possibilidade de arguição de exceção da verdade ou da exceção de notoriedade do fato, estabelecida no artigo 523 do Código de Processo Penal, da mesma forma, torna o procedimento especial, constituindo-se em acréscimo ao rito sumário a ser imprimido.

---

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 225.

<sup>15</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 399; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2007, p. 832. No mesmo sentido: STJ RESP 125022/PA, 01.09.97, 6ª Turma; RESP 9843/MT, 21.03.2000, 6ª Turma. RTJRS 201/95.

Veja-se que o artigo 523 do Código de Processo Penal determina ao juiz a necessidade de ser intimado o autor da ação penal quando ofertada exceção da verdade ou da notoriedade do fato para que, querendo, conteste-a em 2 (dois) dias, podendo arrolar testemunhas em acréscimo àquelas apresentadas na denúncia ou queixa até completar o número legal, ou substituir aquelas já arroladas. Neste particular, a despeito de o aludido artigo do Código apenas referir a necessidade de intimação do querelante, evidentemente houve omissão do legislador da época com relação ao Ministério Público, porquanto a ação penal poderá ser privada ou pública, de acordo com o artigo 145 do CP e Súmula 714 do STF. Assim, quando pública, assiste o mesmo direito ao Ministério Público para os fins do artigo 523 do Código de Processo Penal.

São crimes que admitem exceção da verdade: calúnia (artigo 138, salvo nas hipóteses do § 3º, incisos I, II e III do Código Penal), difamação, quando contra funcionário público ofendido e a ofensa é relativa ao exercício das funções (artigo 139, parágrafo único, do Código Penal). Não é admissível, em qualquer hipótese, no crime de injúria.

A exceção da notoriedade do fato, também prevista no artigo 523, é instituto quase desconsiderado pela doutrina pátria. Trata-se de exceção diversa da exceção da verdade. Consiste em provar, apenas, que o fato atribuído à vítima é público e notório. Na exceção da verdade, ao contrário, prova-se a veracidade da imputação. Acreditamos ser cabível a exceção da notoriedade do fato quando da ocorrência do delito de difamação proferido contra funcionário público relativamente ao exercício de suas funções. Para a calúnia, interessa a prova da verdade, na medida em que é elemento do tipo penal a imputação ser falsa. Por isso, ao réu da difamação será admitido provar que o fato alegado é do conhecimento geral da sociedade. Assim pensamos na medida em que o legislador apenas referiu sua existência no Código de Processo Penal (artigo 523), não a mencionando em qualquer passagem do Código Penal. A exceção da verdade, ao contrário, está expressamente prevista no Código Penal, artigos 138, parágrafo 3º, e 139, parágrafo único.

Quanto à exceção da verdade, na calúnia, quando procedente afasta a tipicidade. Na difamação, se procedente, exclui a ilicitude ou antijuridicidade. Em ambos os casos, a afirmativa não constitui crime de

calúnia ou difamação uma vez demonstrada a veracidade da afirmação. Provas da verdade por meio de exceção na calúnia, cópia dos autos deverá ser remetida ao Ministério Público quando o crime demonstrado for de ação penal pública.

Grande dilema está em estabelecer os efeitos da procedência da exceção da notoriedade do fato. Não cremos possa afastar o dolo de desonrar. A circunstância de o fato atribuído ser público e notório não possui o condão, necessariamente, de estabelecer que o réu atribuiu a afirmativa sem dolo. Notoriedade e dolo são elementos distintos. Pode-se referir fato público e notório com dolo de ofender, assim como eventualmente as demais pessoas já tenham proferido a ofensa. Por isso, acreditamos que a procedência da exceção da notoriedade do fato deve refletir-se na culpabilidade, a ser apreciada pelo juiz em caso de condenação como circunstância judicial no momento da fixação da pena base. Pode-se conceber que é menos reprovável reproduzir fato do conhecimento geral ante a afirmativa pela primeira vez da ofensa. Ao contrário de Nucci<sup>16</sup>, não pensamos poder ser absolvido o acusado pela circunstância de ter proferido fato notório. Se houver dolo de desonrar, haverá a ofensa e a violação dos elementos do tipo penal.

A partir da nova redação agora encontrada no artigo 396-A do Código de Processo Penal, parece-nos coerente extrair ilação no sentido de que a exceção da verdade ou notoriedade do fato deva ser apresentada no prazo de defesa prévia. Quanto à instrução das aludidas exceções, ocorrerá conjuntamente com a ação penal. Ademais, as exceções da verdade ou notoriedade do fato serão apreciadas na sentença final.

Não há necessidade de serem efetuados autos apartados para o processamento da exceção da verdade ou da notoriedade do fato, tramitando nos autos da ação principal.

Relevante destacar, ainda, que a previsão acerca da exceção da verdade e da notoriedade do fato é encontrada no artigo 523 do Código de Processo Penal, porquanto institutos reconhecidos desde a edição do Código. À época, não existiam os juizados especiais criminais,

---

<sup>16</sup> Op. cit. p. 834.

evidentemente. Diante dessa constatação, questiona-se como compatibilizar o rito sumaríssimo com a eventual propositura da exceção da verdade ou notoriedade do fato no âmbito dos referidos juizados, na medida em que os crimes de calúnia e difamação, de regra, serão de sua competência em virtude da pena máxima não superar 2 (dois) anos. Sustentamos que, se isso ocorrer, estar-se-á diante de fato complexo, autorizando o juiz a declinar a competência para o juízo criminal comum, a teor do artigo 77, parágrafos 2º e 3º, da Lei n.º 9.099/95. Com mais razão quando, na atualidade, temos a nova redação do artigo 538 do Código de Processo Penal, determinando que nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando do juizado especial criminal houver encaminhamento ao juízo comum das peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento comum sumário. Com isso, desloca-se a competência para o juízo criminal comum e lá deve ser aplicado o procedimento comum sumário.

Quando for oposta exceção da verdade contra pessoa que possua foro especial por prerrogativa de função, o julgamento da exceção dar-se-á perante o Tribunal competente para processar a pessoa que possui foro especial, consoante dispõe o artigo 85 do Código de Processo Penal. Assim, exemplificando, se porventura promotor de justiça, juiz ou prefeito for vítima de crime contra a honra que admita a exceção da verdade, ocorrendo a ação penal contra o ofensor e proposta pelo réu a exceção da verdade, o seu julgamento ocorrerá perante o Tribunal de Justiça, porquanto é este o foro especial para processar o agente do Ministério Público. No dizer do aludido artigo do Código de Processo Penal, apenas o julgamento ocorrerá no Tribunal competente, sendo a instrução processual, pois, realizada no juízo de primeiro grau. Entendemos que a instrução também deveria ocorrer perante o Tribunal que terá competência para julgar a exceção, permitindo aos julgadores, em segundo grau, maior contato com a prova. Ademais e em especial, observa-se que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que o fenômeno em comento, derivado do artigo 85 do Código de Processo Penal, somente tem aplicação quando se tratar de exceção da verdade originária do crime de calúnia. É neste caso que a exceção terá como objeto provar a verdade do fato alegado, isto é, que a autoridade com foro especial teria cometido um crime. Tendo em vista que o foro especial por prerrogativa de função ocorre quando da prática de

crimes, somente na calúnia subiriam os autos para o julgamento da exceção da verdade proposta contra ofendido com foro especial. Na difamação, não ocorreria o fenômeno apontado, sendo ela processada e julgada no juízo de primeiro grau, juntamente com a ação penal.<sup>17</sup>

Por derradeiro, atinentemente ao pedido de explicações previsto no artigo 144 do CPP, trata-se de medida facultativa a ser implementada pelo autor da ação penal privada ou pública condicionada à representação. Não constitui condição de procedibilidade para ações penais dessa natureza. Trata-se de medida preparatória e facultativa para o oferecimento da queixa ou mesmo oferecimento da representação. Evidentemente, não cabe pedido de explicações por parte do Ministério Público, quando a ação penal é pública incondicionada ou condicionada à representação ou requisição do Ministro da Justiça. O pedido de explicações previne a jurisdição.

Assim sendo, temos a ressaltar os seguintes aspectos:

a) Como regra, os crimes de calúnia, difamação e injúria serão da competência dos juizados especiais criminais, porquanto infrações penais de menor potencial ofensivo. Nesses casos, deverá ser aplicado o procedimento sumaríssimo estabelecido na Lei n.º 9.099/95, já estudado.

b) Nas hipóteses em que não ocorra a competência dos referidos juizados, o procedimento a ser adotado estará regulado no artigo 394 do Código de Processo Penal, por disposição contida no artigo 519 do aludido Código, isto é, o procedimento comum sumário.

c) A especialidade do rito dar-se-á pela necessidade de ocorrer audiência preliminar de tentativa de reconciliação, quando a natureza da ação penal para o delito contra a honra for privada, a teor dos artigos 520 a 522 do Código de Processo Penal. Com isso, antes do recebimento da queixa-crime, deverá o magistrado designar a referida solenidade e intimar as partes para o comparecimento, acompanhadas de advogados (artigo

---

<sup>17</sup> RT 698/426.



520)<sup>18</sup>.

d) Se a ação penal for de natureza pública, nenhuma especialidade ocorrerá para o rito processual, devendo incidir o procedimento comum sumário previsto no artigo 394, parágrafo 1º, inciso II do Código de Processo Penal.<sup>19</sup>

e) Mantém-se o processamento da exceção da verdade e da exceção da notoriedade do fato na forma do artigo 523 do Código de Processo Penal, inevitavelmente, o que também caracterizará certa forma de especialidade do rito a ser imprimido.

f) Se oposta exceção da verdade ou notoriedade do fato, que deverá ocorrer na contestação do acusado, o juiz, após afastar a possibilidade de absolvição sumária (artigo 397 do Código de Processo Penal), deverá intimar o autor da ação para os fins do artigo 523 do citado Código. Após, designar audiência (artigo 531 do Código de Processo Penal).

g) O pedido de explicações previsto no art. 144 do Código Penal constitui uma faculdade do ofendido. Trata-se de medida preparatória e facultativa para o oferecimento da queixa ou mesmo oferecimento da representação. Evidentemente, não cabe pedido de explicações por parte do Ministério Público, quando a ação penal é pública incondicionada ou condicionada à representação ou requisição do Ministro da Justiça. O pedido de explicações previne a jurisdição.

---

<sup>18</sup> A audiência preliminar é condição de procedibilidade para a ação penal (RT 572/358, 720/481). Constitui nulidade o recebimento da queixa sem a tentativa de realização da audiência de conciliação (RT 572/358, RJTJRG 197/101).

<sup>19</sup> A regra, nos crimes contra a honra, é da ocorrência de ação penal privada (artigo 145 do CP). Excepcionalmente, quando praticados contra funcionário público, no exercício da função, são de ação pública condicionada à representação (artigo 141, II). Atualmente, entende-se que é alternativa ou concorrente a ação penal, isto é, pública condicionada à representação ou privada (Súmula 714 do STJ). É de ação pública incondicionada a injúria real, praticada com lesões corporais (artigo 140, § 2º). Dependem de requisição do Ministro da Justiça quando se tratar de ofensa contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro (artigo 141, I).

### **8.3 Procedimento especial para os crimes contra a propriedade imaterial**

Os crimes contra a propriedade imaterial são aqueles encontrados no artigo 184 e seus parágrafos do Código Penal, e bem assim na Lei n.º 9.279/96, nos artigos 187 a 195.

O Código de Processo Penal, em seus artigos 524 a 530-I disciplina o procedimento especial para aludidos delitos.

Mesmo após as alterações promovidas pela Lei n.º 10.695, de 1º de Julho de 2003, verifica-se que havia determinação no sentido da incidência do procedimento comum ordinário para crimes apenados com reclusão, consoante previa o artigo 524 do Código de Processo Penal, que determinava a aplicabilidade dos Capítulos I e III do Título I do Livro II do Código (o capítulo III está revogado).

Neste particular, mais uma vez, observa-se não ter havido revogação dos artigos 524 a 530-I do Código de Processo Penal, que se encontram, pois, em vigor. Com isso, também inquestionável a necessidade de aplicação do artigo 394 do Código, que se encontra no Capítulo I antes referido (repita-se que o capítulo III está revogado). Ora, se assim está previsto, pode-se extrair ilação no sentido da aplicação, quando a pena privativa da liberdade máxima for inferior a 4 (quatro) anos, do rito comum sumário. Quando igual ou superior a 4 (quatro) anos, o rito comum ordinário. Se infração penal de menor potencial ofensivo, o procedimento sumaríssimo da Lei n.º 9.099/95. Esta é, parece-nos, a primeira conclusão a ser extraída a partir da reforma introduzida pela Lei n.º 11.719/08.

Não se olvide, mais uma vez, que quando o delito contra a propriedade imaterial for de menor potencial ofensivo, a competência do juizado especial criminal prevalecerá, ocasião na qual deverá ser aplicado o procedimento estabelecido na Lei n.º 9.099/95, ou seja, rito sumaríssimo. Caso contrário, efetivamente, o rito comum ordinário ou sumário, dependendo do montante da pena privativa da liberdade cominada, consoante já apontado.

Ocorre, destarte, que para o procedimento atinente às

infrações penais contra a propriedade imaterial, vigem especificidades, todas contidas entre os artigos 524 e 530-I do Código de Processo Penal. Para o seu estudo há necessidade de distinção entre ação penal de natureza privada e ação penal de natureza pública para o estabelecimento dos atos que podem caracterizar a ocorrência de rito especial.

Com efeito, por primeiro há de ser ressaltado que se a infração penal for de natureza privada, deverão ser aplicados os artigos 524 a 530, de acordo com o disposto no artigo 530-A.

Quando a ação penal for pública, diversamente, passarão a incidir os artigos 530-B a 530-H, de acordo com previsão contida no artigo 530-I.

Assim, vejamos as peculiaridades.

1º) Quando a ação penal for de natureza privada, o que ocorre na quase totalidade dos delitos dessa natureza:

a) Quando a ação penal for privada e o crime deixar vestígios, a queixa-crime deverá ser instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito, consoante artigo 525 do Código de Processo Penal. Sem o aludido exame, faltará condição de procedibilidade para a ação penal, porquanto o artigo 525 do referido Código dispõe não poder ser recebida a queixa quando ausente dita prova pericial. Neste particular, deverá o querelante postular em juízo, preliminarmente, diligência de busca ou de apreensão para depois ser elaborado o aludido exame.

b) O laudo pericial será elaborado por dois peritos nomeados pelo juiz. Veja-se, nesse sentido, artigos 527 e 528 do Código de Processo Penal sobre a tramitação do pedido e a realização do laudo.

c) Na hipótese em comento, homologado o laudo pericial pelo magistrado, somente a partir daí poderá o querelante ingressar com a queixa-crime. Por isso, os artigos 529 e 530 do Código determinam prazo de 30 (trinta) dias e 8 (oito) dias, se o indiciado estiver solto ou preso, respectivamente, para o ajuizamento da queixa.

d) Reside grande celeuma na doutrina e jurisprudência quanto à natureza do prazo estabelecido nos artigos 529 e 530 do Código de Processo Penal. Verifica-se uma corrente inicial preconizando tratar-se de prazo decadencial, excepcionando a regra dos artigos 38 do Código de Processo Penal e 103 do Código Penal quanto ao aludido prazo. Esta linha de pensamento justifica que os referidos artigos prevêm, ao final, a possibilidade de o prazo decadencial ser diverso, quando expresso em lei. Outra corrente, em sentido contrário, sustenta que o lapso estabelecido nos artigos 529 e 530 do Código de Processo Penal apenas constituem prazo de validade da perícia, devendo ser computado o prazo decadencial de acordo com os artigos 38 do mesmo Código e 103 do Código Penal. Não seriam, assim, prazos decadenciais. Dentro do período de 30 (trinta) ou 8 (oito) dias, indiciado solto ou preso, respectivamente, a partir da homologação do laudo pelo juiz, o querelante poderia utilizar a perícia indispensável. O prazo decadencial seria de 6 (seis) meses contados do dia em que o ofendido tomar conhecimento sobre quem foi o autor do crime contra a propriedade imaterial. Com a devida vênia de entendimento contrário, parece-nos que os prazos contidos nos artigos 529 a 530 do Código de Processo Penal são, efetivamente, lapsos de validade da perícia, não constituindo exceção ao prazo decadencial já existente nos artigos 38 do Código de Processo Penal e 103 do Código Penal. Isso porque o legislador não instituiu prazo para o querelante postular em juízo a realização de busca, apreensão e perícia a partir da data em que tomar conhecimento da autoria do delito. Ora, se não há estabelecimento do aludido prazo, poderá aguardar quanto quiser, desde que não ocorra a prescrição, e depois postular a medida preliminar judicial. Somente a partir da homologação do laudo pelo magistrado é que iniciaria seu prazo decadencial de 30 (trinta) ou 8 (oito) dias para a propositura da queixa-crime. Se assim fosse, o prazo decadencial ficaria ao alvedrio do querelante. Consoante nosso entendimento, sendo o prazo decadencial estabelecido nos artigos 38 do Código de Processo Penal e 103 do Código Penal, ter-se-á segurança jurídica, mormente para o acusado da infração contra a propriedade imaterial, que não ficará exposto à discricionariedade da vítima, que teria em suas mãos o domínio sobre o prazo decadencial.

e) Com o laudo pericial homologado pelo juiz, poderá o querelante ajuizar a ação penal.

f) O procedimento, consoante já referido, será comum ordinário ou sumário, dependendo do montante da pena privativa da liberdade cominada, em consonância com o artigo 394 do Código de Processo Penal. Ratifica-se advertência no sentido de que se a infração penal for de menor potencial ofensivo, adotar-se-á o rito comum sumaríssimo estabelecido na Lei n.º 9.099/95, já analisado.

g) **Se o crime não deixar vestígios**, nenhuma peculiaridade para o rito será estabelecida, adotando-se simplesmente o rito comum adequado à hipótese.

h) O querelante, ainda, deverá comprovar sua legitimidade para a ação penal privada, consoante dispõe o artigo 526 do Código de Processo Penal. Caso não demonstrada, a queixa não será recebida. Prova-se a legitimidade para a ação penal com a demonstração da propriedade sobre o direito imaterial alegadamente violado.

i) Não há contraditório nas providências preliminares. A parte contrária não poderá apresentar quesitos. Também não será ela ouvida ou consultada, não podendo contestar as providências preliminares indispensáveis.

j) Da decisão homologatória do laudo cabe apelação.

l) Quem requerer a busca e apreensão por má-fé, espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro responderá por perdas e danos (artigo 204 da Lei n.º 9.279/96).

2º) Quando o delito for processado mediante ação penal de natureza pública:

a) Deverá a autoridade policial realizar apreensão dos bens ilícitamente produzidos ou reproduzidos, em observância ao disposto nos artigos 530-B a 530-H.

b) Se o crime deixar vestígios, deverá a autoridade policial designar perito para realizar perícia sobre os bens apreendidos, juntando o

laudo ao inquérito ou processo. Diferentemente, consoante já demonstrado, quando a ação penal é privada, deverão ser designados dois peritos pelo Juiz.

c) Sem a prova da materialidade, que será realizada por meio do exame pericial antes referido, não será possível a propositura da denúncia.

d) Os titulares de direito de autor e os que lhe são conexos serão os fiéis depositários de todos os bens apreendidos, devendo colocá-los à disposição do juiz quando do ajuizamento da ação (artigo 530-E).

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

f) O procedimento, consoante já referido, será comum ordinário ou sumário, dependendo do montante da pena privativa da liberdade cominada, em consonância com o artigo 394 do Código de Processo Penal. Ratifica-se advertência no sentido de que se a infração penal for de menor potencial ofensivo, adotar-se-á o rito comum sumaríssimo estabelecido na Lei n.º 9.099/95, já analisado.

g) As associações de titulares de direitos de autor e os que lhes são conexos poderão, em seu próprio nome, funcionar como assistente da acusação nos crimes previstos no artigo 184 do Código Penal, quando praticado em detrimento de qualquer de seus associados (artigo 530-H do Código de Processo Penal).

h) Importante diferença é verificada quanto ao número de peritos necessários para a realização da prova pericial nos objetos que constituam o corpo de delito. Em se tratando de ação penal privada, o número previsto pelo legislador no artigo 527 é dois, a serem nomeados pelo juiz que deferir a medida cautelar. Quando a ação penal for de natureza pública, o número é um, a ser designado pela autoridade policial no ventre do inquérito, consoante artigo 530-D. Tal discrepância, evidentemente, poderá gerar alegação de nulidade da prova produzida por determinação da autoridade policial e que instruirá a ação penal pública. Por isso, de bom

alvitre recomendar que a aludida autoridade adote a cautela de nomear 2 (dois) peritos para empreenderem a tarefa, evitando-se, desde logo, o nascimento de discussão que pode eivar de nulidade uma prova imprescindível e estimular a impunidade. Neste particular, entretanto, a nova redação do artigo 159 do Código de Processo Penal dispõe que *o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior*. Somente na falta de perito oficial o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. Assim, reforçou o legislador a idéia de apenas um perito oficial poder realizar o exame de corpo de delito, ratificando, de certa forma, a previsão contida no artigo 530-D do mesmo Código. Para a ação penal privada, entretanto, persistem dois peritos, conforme preleciona o artigo 517 do CPP, constituindo exceção mantida na reforma.

#### **8.4 Procedimento para os crimes de abuso de autoridade**

A matéria alusiva aos delitos de abuso de autoridade encontra-se prevista na Lei n.º 4.898/65.

Os delitos característicos do abuso de autoridade encontram-se nos artigos 3º e 4º, verificando-se que a pena privativa da liberdade máxima cominada para todas as suas formas é detenção por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses, consoante dispõe a alínea “b” do parágrafo 3º do artigo 6º.

Atinente ao procedimento para as aludidas infrações penais, encontramos previsão de rito absolutamente especial a partir do artigo 14 até 27. Em essência, trata-se de procedimento de extrema celeridade. Vejamos, em suma, a ordem dos atos processuais consoante Lei n.º 4.898/65:

1) Com a representação ou autos de inquérito, ou mesmo justificação, ou documentos que tiver obtido, o Ministério Público, dentro no prazo de 48 horas a partir do momento em que receber as peças de informação, se não promover o arquivamento ou diligências, oferecerá denúncia (artigo 13).

2) Recebidos os autos, o magistrado, dentro do prazo de 48 horas, proferirá decisão, recebendo ou rejeitando a denúncia (artigo 17), designando, desde logo, dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, que deverá ser realizada, impreterivelmente, dentro de 5 dias (§ 1º do artigo 17).

3) Na audiência de instrução e julgamento, as testemunhas da acusação e defesa poderão ser apresentadas em juízo, independentemente de intimação. Se quiserem, as partes poderão requerer a intimação (artigo 18). Há dúvidas quanto ao prazo para requerer a intimação; a) 72 horas antes da audiência, por analogia ao art. 14, “b”;

b) 48 horas antes da audiência, por analogia ao art. 278, § 2º, CPC.

3) Na audiência de instrução e julgamento, ocorrerá o interrogatório, a oitiva da vítima e das testemunhas da acusação e defesa (artigo 22).

4) Passa-se, a seguir, aos debates orais, por 15 (quinze) minutos para cada parte, prorrogáveis por mais 10 (dez), a critério do juiz (artigo 23).

5) Encerrados os debates, o magistrado proferirá imediatamente a sentença.

6) O escrivão lavrará termo contendo um resumo do ocorrido na audiência (dos depoimentos e alegações orais, os requerimentos e, por extenso, os despachos e a sentença – artigo 25).

7) Consoante dispõe o artigo 19, § único: *A audiência somente deixará de realizar-se se ausente o juiz.*

8) Verifica-se que não há previsão de defesa prévia no rito da Lei do Abuso de Autoridade. Entretanto, com base no art. 28 da Lei pertinente, que invoca supletivamente o Código de Processo Penal, pode haver defesa prévia. Tourinho, por exemplo, refere que os juízes, na prática, concedem prazo para defesa prévia.<sup>20</sup>

9) Consoante dispõe o artigo 22, § único: *Não comparecendo o réu nem seu advogado, o juiz nomeará imediatamente defensor para funcionar na audiência e*

<sup>20</sup> FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4, p. 205.



*nos ulteriores termos do processo.* Deve-se ter muito cuidado com este dispositivo. Pelo princípio da ampla defesa, se o advogado é nomeado e justificar sua ausência, não se pode nomear defensor dativo. É um direito do réu fazer-se acompanhar pelo defensor constituído.

10) O número de testemunhas, apesar de não haver previsão literal nesse sentido, deve ser 2 (duas) para cada parte, ou seja, o mesmo permitido na apresentação da representação nestes crimes (artigo 2º, parágrafo único). Se as partes pretenderem comprovar a materialidade dos fatos, a esse número podem ser acrescidas mais 2 (duas) testemunhas (artigo 14, alínea “a” e § 2º).

11) Conforme dispõe o artigo 27: *Nas comarcas onde os meios de transporte forem difíceis e não permitirem a observância dos prazos, se pode aumentá-los até o dobro.*

Apesar da exposição formulada quanto ao rito estabelecido na Lei n.º 4.898/65, considerando a pena privativa da liberdade máxima cominada para os delitos de abuso de autoridade não exceder a 2 (dois) anos, deve-se conceber, **na atualidade, a insubsistência do aludido procedimento.**

Tendo em vista que a Lei n.º 9.099/95, em seus artigos 60 e 61, definem o conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo e determinam a competência dos juizados especiais criminais para elas, há de se aplicar aos crimes de abuso de autoridade o rito comum sumaríssimo nela contido.

Aliás, a partir da reforma introduzida no artigo 61 da Lei n.º 9.099/95, por meio da Lei n.º 11.313, de 28 de junho de 2006, parece-nos claro ter sido eliminada toda e qualquer discussão acerca de os juizados especiais criminais possuírem competência para infrações penais com ritos especiais quando a pena máxima cominada não exceder a 2 (dois) anos. Veja-se que a atual redação do artigo 61 apenas limita a competência dos juizados às infrações penais a partir do montante da pena privativa da liberdade. Não há mais a ressalva que anteriormente existia excluindo aquelas que possuísem procedimento especial.

Com a realidade exposta, sustentamos, indubitavelmente, que

**os delitos de abuso de autoridade devam ser da competência dos juizados especiais criminais, porquanto considerados infrações penais de menor potencial ofensivo.** Em vista disso, o procedimento a ser adotado é aquele estabelecido na Lei n.º 9.099/95, estando revogado o rito preconizado pela Lei n.º 4.898/65.<sup>21</sup> Sem sombra de dúvida, deverão ser observados os acréscimos estabelecidos ao rito sumaríssimo por meio da Lei n.º 11.719/08 no que diz respeito à possibilidade de rejeição liminar da inicial acusatória (artigo 395) e absolvição sumária (artigo 397), consoante já explicitado quando da análise do procedimento da Lei n.º 9.099/95 neste trabalho.

Aspecto relevante é a discussão acerca da natureza da ação penal para os crimes de abuso de autoridade. Os artigos 1º e 2º da Lei 4.898/65 dispõem sobre a representação. No artigo 12, está previsto que *A ação penal será iniciada, independentemente de inquérito policial ou justificação, por denúncia do Ministério Público, instruído com a representação da vítima do abuso.*

Na atualidade, não há mais qualquer dúvida a esse respeito, na medida em que a representação a que se refere a Lei n.º 4.898/65 é considerada apenas como uma “notitia criminis”, não sendo condição de procedibilidade para a denúncia. Ocorre que a Lei n.º 5.249, de 09.02.67, destinou-se a elidir o dilema existente, passando a considerar que a representação não passa de uma petição ou notícia do fato a ser dirigida à autoridade. Dispõe em seu art. 1º: *A falta de representação do ofendido, nos casos de abusos previstos na Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965, não obsta a iniciativa ou o curso de ação pública.*

Portanto, os crimes de abuso de autoridade, agora da competência dos juizados especiais criminais e regidos pelo rito estabelecido na Lei n.º 9.099/95, processam-se mediante ação penal pública incondicionada.

#### **8.5 Procedimento especial para crimes de licitações**

Na Lei n.º 8.666/93 são encontrados os delitos praticados no

<sup>21</sup> No mesmo sentido, por todos os demais autores, cite-se: FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 4, p. 205.

transcurso de procedimentos licitatórios (artigos 89 a 99). Neles verificam-se penas privativas da liberdade cominadas em diversos patamares.

Desde logo, relevante estabelecer a competência dos juizados especiais criminais para o processamento das aludidas infrações quando de menor potencial ofensivo, a exemplo do delito tipificado no artigo 91 da aludida Lei. Por consequência, o procedimento será aquele definido na Lei n.º 9.099/95, isto é, o rito sumaríssimo. Em acréscimo, consoante já afirmado, haverá de ser observada pelo juiz a possibilidade de rejeição liminar, nos termos do artigo 395 do Código de Processo Penal, e bem assim de absolvição sumária, nos termos do artigo 397 do mesmo Código, que constituem inovações a partir da Lei n.º 11.719/08 e devem ser aplicadas, ante o teor do parágrafo 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal.

Entretanto, diversas infrações penais referentes a licitações, estabelecidas na Lei n.º 8.666/93, não são de menor potencial ofensivo. Para elas, a citada lei prevê procedimento a partir do artigo 104 até 108. Trata-se, conforme se verá, de procedimento especial que foi recepcionado pela reforma processual empreendida pela Lei n.º 11.719/08.

Com efeito, o procedimento estabelecido na Lei n.º 8.666/93 ocorre por meio da seguinte ritualística:

1º) Oferecida denúncia (ou queixa subsidiária – artigo 103), que poderá conter rol de até 5 (cinco) testemunhas, o juiz deverá decidir se a recebe ou não.

2º) Recebendo a inicial acusatória, determinará a citação do acusado para interrogatório, intimando o autor da ação penal para fazer-se presente (artigo 104).

3º) Realizado o interrogatório, abre-se prazo à defesa para apresentar defesa escrita em 10 (dez) dias (artigo 104). Na defesa escrita poderão ser juntados documentos, arroladas testemunhas até o número de 5 (cinco) e a indicação das demais provas pretendidas.

4º) Após a apresentação da defesa escrita, será designada audiência de instrução, oportunidade em que serão ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e defesa, respectivamente.

5º) Poderão as partes requerer diligências no decorrer da instrução, não existindo previsão de abertura de prazo para tal requerimento.

6º) Realizadas as diligências postuladas e deferidas pelo magistrado, ou não tendo ocorrido requerimento para tanto, o juiz abrirá prazo, sucessivamente à acusação e defesa, para apresentação de alegações finais escritas em 5 (cinco) dias.

7º) Após o prazo das alegações finais, os autos serão conclusos para sentença em 10 (dez) dias.

Verificado o procedimento estabelecido pela Lei n.º 8.666/93, deve-se compatibilizá-lo com a reforma agora configurada pela Lei n.º 11.719/08, porquanto o parágrafo 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal determina a aplicação dos artigos 395 a 398 do mesmo Código a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.

O que se terá que compatibilizar, pois, é a previsão do artigo 395 no sentido da possibilidade de rejeição liminar da denúncia ou queixa. Também a previsão contida no artigo 396, que prevê a existência de resposta escrita do acusado em 10 (dez) dias após o recebimento da inicial acusatória. Por fim, a possibilidade de absolvição sumária do réu a partir da incidência do artigo 397 do Código de Processo Penal. O artigo 398, por sua vez, foi vetado.

Com efeito, a adequação do rito especial já existente na Lei n.º 8.666/93 com os institutos elencados nos artigos 395, 396 e 397 do Código de Processo Penal, a nosso sentir, deverá ocorrer da seguinte forma:

1º) Oferecida denúncia ou queixa subsidiária, o juiz decidirá se a recebe ou a rejeita. Neste momento, desde logo, deverá observar se há alguma das hipóteses elencadas no artigo 395 que autorizam a rejeição liminar da inicial acusatória.

2º) Não sendo caso de rejeição liminar, receberá a denúncia ou queixa e determinará a citação do acusado para resposta escrita à acusação, em 10 (dez) dias, conjugando-se o artigo 104 da Lei n.º 8.666/93 e o artigo 396 do Código de Processo Penal. Dita resposta será substancial, nos exatos termos do citado dispositivo do Código. Pensamos que a melhor conjugação a ser feita é nesse sentido.

3º) Com a resposta escrita à acusação, o juiz decidirá se absolve sumariamente o réu, nos termos do artigo 397 do Código de Processo Penal<sup>22</sup>. Não verificando hipótese neste sentido, designará data para interrogatório, intimando o acusado para tanto.

4º) Realizado o interrogatório, será designada audiência de instrução, oportunidade em que serão ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e defesa, respectivamente.

5º) Poderão as partes requerer diligências no decorrer da instrução, não existindo previsão de abertura de prazo para tal requerimento.

6º) Realizadas as diligências postuladas e deferidas pelo juiz, ou não tendo ocorrido requerimento para tanto, o magistrado abrirá prazo, sucessivamente à acusação e defesa, para apresentação de alegações finais escritas em 5 (cinco) dias.

7º) Após o prazo das alegações finais, os autos serão conclusos para sentença em 10 (dez) dias.

#### **8.6 Procedimento para crimes que caracterizem violência doméstica ou familiar contra a mulher**

A Lei n.º 11.340/06 estabelece no Brasil o regramento da proteção das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Na aludida Lei, optou o legislador por não estabelecer a existência de qualquer tipo penal alusivo à matéria. Apenas definiu quais são as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher no artigo 7º. Nele se vê que, dentre outras, constituem formas a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e violência moral. Importante referir que a incidência da Lei Maria da Penha somente está autorizada quando a violência se der nos ambientes elencados no artigo 5º, isto é, no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família e em qualquer relação íntima de afeto na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

---

<sup>22</sup> Sustenta-se a necessidade de intimação do autor da ação para manifestar-se acerca da resposta do acusado, em virtude dos princípios do contraditório e igualdade entre as partes.

Com isso, também é possível verificar que o legislador, ao estatuir a Lei n.º 11.340/06, não estabeleceu o procedimento a ser adotado para as infrações penais que caracterizem violência doméstica e familiar contra a mulher. Desta forma, para elas deverá ser adotado o procedimento comum preconizado no artigo 394 do Código de Processo Penal.

Porém, a despeito de não reger o procedimento para tais infrações, de extrema valia apontar que o artigo 41 da Lei n.º 11.340/06 impede absolutamente a possibilidade de incidência da Lei n.º 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. Sendo assim, mesmo que o delito cometido possa caracterizar alguma forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo de menor potencial ofensivo, o rito a ser adotado não poderá ser o sumaríssimo da Lei n.º 9.099/95, excluídos, inclusive, os benefícios.

Tem-se, pois, que o rito será comum ordinário quando a pena privativa da liberdade máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos, a teor do artigo 394, parágrafo 1º, inciso I; será comum sumário se a pena privativa da liberdade máxima for inferior a 4 (quatro) anos, de acordo com o inciso II do parágrafo 1º do artigo 394 do Código de Processo Penal, inclusive se o crime for de menor potencial ofensivo. Neste caso, veja-se o exemplo de o marido ter cometido injúria contra a esposa na forma simples. A pena prevista é de 1 (um) mês a 6 (seis) meses de detenção, ou multa. O rito a ser imprimido será o comum sumário previsto a partir do artigo 531 do Código de Processo Penal, assim como a competência não será do juizado especial criminal e vedados estarão todos os benefícios elencados na Lei n.º 9.099/95, em razão da vedação de sua incidência à hipótese.

Pensamos que, em se tratando de contravenção cometida contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar, não incidirá o artigo 41 da Lei n.º 11.340/06. Nele há menção apenas aos crimes. Tratando-se de norma que restringe direitos ao autor do fato, sua interpretação deverá ser restritiva. Desta forma, quando da prática de contravenções, a exemplo da perturbação da tranquilidade praticada pelo cônjuge contra a esposa em vias de separação (contravenção do artigo 65 do Dec.-Lei n.º 3.688/41), deverá ser adotado o procedimento da Lei n.º 9.099/95, com os acréscimos já destacados quando da análise do rito para as

infrações penais de menor potencial ofensivo.

Evidentemente que se o crime que caracterizar situação de violência doméstica e familiar contra a mulher for doloso contra a vida, o procedimento a ser imprimido é aquele do Tribunal do Júri. Exemplifique-se com um homicídio, consumado ou tentado, do marido ou companheiro contra a esposa ou companheira.

#### **8.7. Procedimento para crimes de competência originária dos tribunais**

A partir da existência, em nosso país, de competência determinada pelo foro especial por prerrogativa de função para determinadas autoridades, encontramos nas Leis n.ºs 8.038/90 e 8.658/93 a normatização do procedimento a ser imprimido ao processamento das infrações penais por elas cometidas.

Com efeito, trata-se de rito absolutamente especial com relação ao procedimento comum preconizado no artigo 394 do Código de Processo Penal. Por isso, recepcionado apesar da reforma imprimida a partir da Lei n.º 11.719/08, assim como os demais procedimentos especiais.

Desta forma, temos o seguinte procedimento para processar infrações penais perpetradas por pessoa que possua foro especial por prerrogativa de função, devendo ser julgada perante o respectivo Tribunal:

1) Prazo de 15 dias para o oferecimento da denúncia ou promoção do arquivamento, se indiciado solto, e 05 dias se indiciado preso (artigo 1º, “caput”, e § 2º, alínea “a”, da Lei nº 8.038/90).

2) Apresentada denúncia ou queixa, ocorrerá a notificação do acusado para oferecer resposta, no prazo de 15 dias. Com a notificação, devem ser entregues cópia da denúncia ou queixa e do despacho do relator (artigo 4º Lei 8.038/90).

3) Se forem apresentados documentos novos com a resposta, será o autor da ação intimado para manifestar-se, em 05 dias (artigo 5º Lei 8.038/90).

4) Deliberação, em sessão, sobre o recebimento, não recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa (artigo 6º Lei 8.038/90). Evidentemente, as hipóteses de rejeição da inicial acusatória agora se encontram no artigo 395 do Código de Processo Penal e serão também observadas nos processos que tramitarem perante os Tribunais em virtude de competência originária. Neste julgamento, será facultada sustentação oral pelo prazo de 15 minutos, primeiro à acusação, depois à defesa (§ 1º do artigo 6º da Lei n.º 8.038/90).

5) Recebida a denúncia ou queixa, o relator designará dia e hora para interrogatório, com determinação para citação do acusado ou querelado, intimação do Ministério Público, do querelante ou o assistente (artigo 7º da referida Lei).

6) Após o interrogatório, abre-se prazo para defesa prévia, em 05 dias (artigo 8º da aludida Lei)<sup>23</sup>.

7) Com a defesa prévia, será designada audiência de instrução, na qual serão ouvidas a vítima, se arrolada, as testemunhas da acusação e da defesa, sucessivamente (artigo 9º da Lei n.º 8.038/90), intimando-se as partes e quem tiver de depor para tal solenidade.

8) Concluída a audiência de instrução, abre-se prazo à acusação e defesa para, querendo, apresentarem requerimento de diligências em 05 dias (artigo 10 da supracitada Lei).

9) Após as diligências realizadas, quando requeridas, devem ser intimadas acusação e defesa para, sucessivamente, apresentarem, no prazo de 15 dias, alegações escritas (artigo 11 da referida Lei). Quando a ação for privada, o Ministério Público terá vista após as partes, por igual prazo, para parecer (parágrafo 2º do artigo 11 da Lei n.º 8.038/90).

10) Com as alegações finais, designa-se sessão plenária para julgamento da ação penal. Nela, as partes terão, sucessivamente, prazo de uma hora para sustentação oral, assegurado ao assistente ¼ do tempo da acusação (artigo 12, inciso I, da Lei n.º 8.038/90).

<sup>23</sup> Poderá ocorrer a delegação pelo Relator para a realização de atos processuais por parte do Juiz ou membro de Tribunal com competência territorial no local do cumprimento da carta de ordem (parágrafo 1º do artigo 9º da Lei n.º 8.038/90).



11) Com os debates, passará o Tribunal a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público o exigir (inciso II do artigo 12 da Lei n.º 8038/90).

Diante dessa realidade, impende destacar que o parágrafo 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal determina a incidência dos artigos 395 a 398 *a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados pelo Código*.

No que se refere ao rito estabelecido para os crimes que devam ser processados originariamente perante os Tribunais, tecnicamente, tem-se que a primeira instância de julgamento já ocorre em segundo grau de jurisdição. Sendo assim, estaríamos diante do primeiro grau para o processo e julgamento de delitos de competência originária dos Tribunais? Cremos que não se pode empregar a expressão *primeiro grau* com o sentido tradicional para os aludidos julgamentos. Trata-se de competência especial em razão da função, haja vista a prerrogativa garantida constitucional ou legalmente ao autor da infração penal. Portanto, a primeira instância de julgamento ocorrerá, consoante já referido, perante o segundo grau de jurisdição.

Com isso, não cremos tenha o legislador, ao reformar o Código de Processo Penal, inserido a expressão *primeiro grau* no parágrafo 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal pretendendo referir-se aos Tribunais. Certamente está se referindo ao primeiro grau de jurisdição, não atingindo os processos regidos pelas Leis n. 8.038/90 e n.º 8.658/93.

Estabelecido que os artigos 395 a 397 não necessitam ser aplicados aos processos de competência originária dos Tribunais **a partir da previsão contida no parágrafo 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal**, por se tratar de segundo grau de jurisdição, mesmo assim, parece-nos que a incidência dos artigos 395 e 397. Isso em razão de, no artigo 395, estarem contidas as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa, que agora passarão a incidir em todo o sistema processual penal. Ademais, as hipóteses de absolvição sumária também devem ser aplicadas a todos os procedimentos, inclusive de segundo grau de jurisdição, por analogia. Não seria justo pudessem incidir para os procedimentos de primeiro grau e não para o segundo grau de jurisdição, prejudicando os acusados que, apenas em

MONICA

Comment: Garantia?

razão do foro especial que a função lhes confere, são processados e julgados perante os Tribunais. Não fosse assim, melhor seria encontrar-se em situação comum, sem possuir foro especial. Aliás, dito foro apenas existe como garantia da função, não da pessoa que a ocupa.

Desta forma, preconiza-se que o Tribunal, ao apreciar a resposta a que se refere o artigo 4º da Lei n.º 8.038/90, no momento em que deve decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, deva analisar se não há a incidência de alguma das hipóteses que autorizam a rejeição liminar da inicial acusatória daquelas elencadas no artigo 395 do Código de Processo Penal. Também deverá apreciar se não há a ocorrência de situação que autorize a absolvição sumária, nos termos do artigo 397 do mesmo Código. Isso deverá ocorrer após a defesa prévia estabelecida no artigo 8º da Lei n. 8.038/90 (item 6 do roteiro antes exposto), por analogia ao disposto no artigo 396 do Código de Processo Penal.

#### **8.8. Procedimento especial para crimes cometidos por meio da imprensa**

A despeito de existir grande celeuma em nosso País acerca da necessidade, ou não, de reformas na Lei de Imprensa vigente, Lei n.º 5.250/67, ou mesmo a sua revogação para o tema ser relegado à vala comum da legislação ordinária, em realidade, tem-se a necessidade de aplicação do referido diploma, porquanto mantida sua vigência inclusive a partir das recentes Leis n.ºs 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08.

Relevante destacar, desde logo, que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, suspendeu a vigência de diversos artigos da Lei de Imprensa, em caráter liminar, não se verificando, até o momento, manifestação definitiva do Pretório Excelso. Veja-se o acórdão:

Tribunal, por maioria, referendou liminar deferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT para o efeito de suspender a vigência da expressão "a espetáculos de diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem", contida na parte inicial do § 2º do art. 1º; do § 2º do

art. 2º; da íntegra dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 65; da expressão "e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa", constante da parte final do art. 56; dos §§ 3º e 6º do art. 57; dos §§ 1º e 2º do art. 60; da íntegra dos artigos 61, 62, 63 e 64; dos artigos 20, 21, 22 e 23; e dos artigos 51 e 52, todos da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa). Preliminarmente, tendo em conta o princípio da subsidiariedade, o Tribunal, também por maioria, conheceu da ação. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio, que não a conhecia por reputar inadequada a arguição. No mérito, entendeu-se configurada a plausibilidade jurídica do pedido, haja vista que o diploma normativo impugnado não pareceria serviente do padrão de democracia e de imprensa vigente na Constituição de 1988 (CF, artigos 1º; 5º, IV, V, IX e XXXIII e 220, caput e § 1º). Considerou-se, ademais, presente o perigo na demora da prestação jurisdicional, afirmando-se não ser possível perder oportunidade de evitar que eventual incidência da referida lei, de nítido viés autoritário, colidisse com aqueles valores constitucionais da democracia e da liberdade de imprensa. Vencidos, em parte, os Ministros Menezes Direito, Eros Grau e Celso de Mello, que, desde logo, suspendiam a vigência de toda a Lei 5.250/67, autorizando a aplicação da legislação ordinária de direito civil e de direito penal, e o Min. Marco Aurélio, que negava referendo à liminar. O Tribunal, empregando por analogia o art. 21 da Lei 9.868/99, estabeleceu o prazo de 180 dias, a contar da data da sessão, para retorno do feito para o julgamento de mérito. ADPF 130 MC/DF, rel. Min. Carlos Britto, 27.2.2008.

Vê-se que a partir do artigo 14 até o artigo 22 da Lei de Imprensa, encontramos os tipos penais alusivos à matéria, verificando-se a existência de penas de mais variada intensidade. Neste particular, a decisão do STF determinou a suspensão da vigência dos artigos 20, 21, 22 e 23. Desta forma, quanto ao direito material, os crimes de calúnia, difamação e injúria cometidos via imprensa deverão ser, enquanto perdurar a decisão do Supremo Tribunal Federal, enquadrados no Código Penal. Atinente aos demais tipos penais previstos na Lei n.º 5.250/67, ainda estão em vigor.

Referentemente ao procedimento a ser imprimido para as

aludidas infrações penais, os artigos 43 a 45 contêm rito processual de natureza especial, mesmo quando comparado com os atuais procedimentos comum ordinário e comum sumário, ou até com o procedimento comum sumaríssimo. Com a decisão antes citada do Supremo Tribunal Federal, permaneceram intocados.

Diante da realidade ainda vigente e tendo em consideração a constatação já manifestada no sentido do reconhecimento pelo legislador da existência de procedimentos especiais ainda em aplicação, o rito para os crimes de imprensa em vigor também está mantido na Lei de Imprensa, tratando-se de um dos procedimentos especiais que merecem consideração.

Com efeito, observa-se que o artigo 42 da Lei 5.250/67 estabelece a competência para o processo e julgamento em razão do lugar (*ratione loci*), estatuinto: *Lugar do delito, para a determinação da competência territorial, será aquele em que for impresso o jornal ou periódico, e o do local do estúdio do permissionário ou concessionário do serviço de radiodifusão, bem como o da administração principal da agência.*

No que se refere ao procedimento, da análise dos artigos 43 a 45 da Lei de Imprensa verifica-se pretensão do legislador no sentido de concentrar os atos processuais. Após uma fase inicial de defesa prévia obrigatória e substancial, decidirá o juiz acerca do recebimento ou não da denúncia ou queixa. Recebendo-a, a despeito da falta de clareza verificada no artigo 45 da Lei de Imprensa, pode-se constatar que ocorrerá uma audiência de instrução, ocasião na qual serão concentrados os atos de interrogatório, oitiva da vítima, testemunhas da acusação e de defesa. Esta é, S.M.J., a melhor leitura do aludido dispositivo. Realizada a audiência, abre-se prazo para as alegações finais escritas em 3 (três) dias para, após, ser prolatada sentença.

Merece destaque a previsão contida no artigo 45, inciso III, relativamente ao interrogatório do acusado. Diz o legislador que *poderá o réu requerer ao juiz que seja interrogado, devendo, nesse caso, ser ouvido antes de inquiridas as testemunhas.* Em nosso sentir, antes mesmo de o réu postular o direito de ser interrogado, deve o magistrado possibilitar-lhe tal ato de defesa, respeitando, evidentemente, o direito de ficar calado. Assim, caso o réu não tenha requerido o direito de ser interrogado, por qualquer motivo, sustentamos deva o juiz facultar-lhe tal direito. Pretendendo o réu silenciar,

mesmo assim, deverá ser qualificado.

Assim sendo, pode-se definir o rito processual da seguinte maneira, a partir da previsão contida nos artigos 43 a 45 da Lei n.º 5.250/67:

1) A denúncia ou queixa devem ser instruídas com o exemplar do jornal ou periódico que publicou o escrito incriminado, ou, se se tratar de infração penal por meio de radiodifusão, deverá a inicial acusatória vir instruída com a notificação a que se refere o parágrafo 3º do artigo 58 (artigo 43 da Lei de Imprensa).

2) Antes de o juiz receber ou não a denúncia ou queixa, deverá determinar a citação do réu para apresentar defesa prévia no prazo de 05 dias. Não oferecida pelo autor, o juiz nomeia defensor para apresentá-la, declarando o acusado revel (artigo 43, § 1º). Na defesa prévia, poderá o acusado arguir qualquer exceção (CPP artigos 95 a 112), preliminares de nulidade e indicar as provas (artigo 43, § 3º). Consoante previsão, pois, a peça deverá ser substancial.

3) Se for crime de ação privada, após a contestação feita pelo querelado, deverá ser dada vista ao Ministério Público, como fiscal da lei, que opinará sobre a pretensão deduzida e a defesa oferecida (artigo 44).

4) Após a manifestação do Ministério Público nos crimes de ação privada ou após a defesa prévia nos demais casos, pode o juiz rejeitar a denúncia ou queixa (cabendo apelação – artigo 44, § 2º), ou recebê-la (cabendo recurso em sentido estrito – artigo 44, § 2º, I).

5) Recebendo a inicial acusatória, designará data para que o réu se apresente a fim de ser qualificado. Se o acusado quiser, poderá ser interrogado. Após a simples qualificação, ou interrogatório, se houver, serão ouvidas as testemunhas de acusação e, a seguir, as de defesa (artigo 45). 6) Encerrada a coleta da prova, as partes terão 03 (três) dias para alegações finais escritas (artigo 45, inciso IV).

6) Encerrada a coleta da prova, as partes terão 03 (três) dias para alegações finais escritas (artigo 45, inciso IV).

7) Com as alegações finais escritas, deverá ser prolatada

sentença.

8) Da sentença condenatória ou absolutória caberá apelação, com efeito suspensivo (artigo 47).

Este, pois, é o rito estabelecido na Lei de Imprensa.

Ocorre, entretanto, que haverá necessidade de adaptação do procedimento já clássico estabelecido na Lei de Imprensa, antes explicitado, com a novel previsão contida no parágrafo 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal, que determina a incidência em todos os procedimentos existentes em primeiro grau dos artigos 395 a 398 do Código. Por isso, inquestionável a necessidade de adaptação dos artigos 395 a 397 do Código de Processo Penal ao procedimento estabelecido na Lei n.º 5.250/65.

Quanto à previsão do artigo 395 do Código de Processo Penal, no sentido da necessidade de o juiz rejeitar a denúncia ou queixa quando verificar as hipóteses nele elencadas, não vemos qualquer dificuldade de aplicação ao rito da Lei de Imprensa. Aliás, anteriormente já havia previsão para a rejeição da inicial acusatória no artigo 43 do aludido Código, agora revogado. Único esclarecimento que carece de definição é quanto ao momento de incidência do artigo 395 do Código de Processo Penal ao procedimento especial para crimes de imprensa. Pensamos que o momento de sua aplicação é exatamente quando o magistrado deverá apreciar se recebe ou não a denúncia ou queixa, a teor do disposto no artigo 44 da Lei n.º 5.250/65. Portanto, deverá decidir se rejeita a peça inicial após a existência, nos autos, da defesa prévia a ser ofertada em 05 (cinco) dias pelo acusado. Não há, conforme visto, qualquer dificuldade de adaptação do artigo 395 do Código à Lei de Imprensa.

No que diz respeito ao artigo 396 do Código de Processo Penal, que estabelece a necessidade de o juiz, tendo recebido a denúncia ou queixa, dever citar o acusado para apresentar resposta escrita em 10 dias, bem como relativamente ao artigo 396-A, que determina o conteúdo substancial da aludida resposta e a sua obrigatoriedade (§ 2º), não se afigura tão simples a questão. Aliás, muito alvoroço deverá gerar antes de se ter posicionamento sólido na jurisprudência e doutrina. Veja-se que a Lei de Imprensa também determina a citação do acusado para defesa preliminar em

05 (cinco) dias, porém antes do recebimento da denúncia ou queixa (artigo 43, § 1º). Com isso, estar-se-ia diante de dois dispositivos que determinam a citação do acusado para resposta substancial à acusação. O artigo 43, § 1º, antes do recebimento da denúncia ou queixa. O artigo 396, após o recebimento da inicial acusatória. O artigo 43, § 1º, para resposta em 05 (cinco) dias. O artigo 396 do Código de Processo Penal para resposta em 10 (dez) dias.

Veja-se, mais uma vez, que tarefa árdua impôs o legislador ao determinar, no parágrafo 4º do artigo 394 do Código de Processo, a obrigatoriedade de incidência dos artigos 395 a 398 do Código a todos os procedimentos, nele previstos ou não.

Para aplicar a determinação e manter altivos os princípios constitucionais que regem o processo penal, notadamente contraditório e ampla defesa, pensamos, inicialmente, não se poder suprimir a defesa prévia estabelecida no artigo 43, parágrafo 1º, da Lei n.º 5.250/67. Trata-se de ato processual que, exercido antes do recebimento da denúncia ou queixa, possibilita a mais ampla defesa ao acusado, tendo por objetivo, no mínimo, apresentar elementos de convicção ao juiz para fazer com que rejeite a inicial acusatória. Por isso, preconizamos a manutenção do aludido ato processual antes do recebimento da denúncia ou queixa. Para se tentar a adequação da defesa estabelecida no parágrafo 1º do artigo 43 da Lei n.º 5.250/67 com a resposta estabelecida no artigo 396 do Código de Processo Penal, inicialmente, pensamos ser possível a adoção do prazo de 10 (dez) dias para a resposta escrita antes do recebimento da denúncia ou queixa, por se tratar de prazo mais benéfico ao acusado. Adotando-se esta possibilidade, haveria apenas uma resposta escrita, isto é, aquela do parágrafo 1º do artigo 43 da Lei de Imprensa, porém em 10 (dez) dias. Não haveria necessidade de nova citação do acusado após o recebimento da denúncia, a teor do artigo 396 do Código de Processo Penal. Esta resposta já teria sido suprida com a manifestação anterior ao recebimento da inicial acusatória. Esta, sem sombra de dúvida, é a primeira alternativa de interpretação que se apresenta.

Diante desse proceder, não se vê necessidade de ocorrer nova resposta escrita após o recebimento da denúncia ou queixa, consoante dispõe o artigo 396 do Código de Processo Penal, porquanto este ato defensivo já foi praticado antes mesmo do recebimento da inicial acusatória.

Aliás, verifica-se ser mais benéfico ao acusado fazer uso de resposta escrita substancial antes do recebimento da denúncia ou queixa, porquanto poderá reforçar a possibilidade de rejeição da denúncia pelo juiz. Deverá, entretanto, argumentar visando a levar também à absolvição sumária (artigo 397 do Código de Processo Penal), caso haja o recebimento da inicial.

MONICA

Comment: Frase incompleta.

Outra possibilidade de ser interpretada a imperativa aplicação do artigo 396 à Lei de Imprensa é entender que a defesa prévia em 05 (cinco) dias, estabelecida pelo parágrafo 1º do artigo 43 da Lei n.º 5.250/67, está mantida, inevitavelmente, haja vista o princípio da ampla defesa. Para ela, deve o acusado ser apenas notificado, contrariamente à citação estabelecida no referido dispositivo. Aliás, a citação somente deve ocorrer após o recebimento da peça inicial acusatória. Sempre houve impropriedade terminológica na expressão utilizada pelo aludido dispositivo da Lei de Imprensa. Porém, se o juiz não rejeitar a denúncia ou queixa liminarmente após a referida defesa (artigo 395 do Código de Processo Penal), deverá recebê-la e citar o acusado para resposta escrita em 10 (dez) dias, a teor do artigo 396 do Código de Processo Penal. Com isso, existiriam duas defesas do acusado, uma antes do recebimento da peça inicial e outra após o seu acolhimento. A primeira com vistas a conduzir o juiz à rejeição da denúncia ou queixa. A segunda, destinada a levá-lo a absolver sumariamente o réu (artigo 397 do Código de Processo Penal). Não havendo possibilidade de absolvição sumária, deverá o magistrado designar audiência de instrução, aplicando-se neste particular o artigo 45 da Lei de Imprensa, com o prosseguimento do rito até sentença final.

Das opções lançadas, pensamos ser desnecessário ocorrer nova "citação" e oferta de resposta após o recebimento da denúncia ou queixa, o que ocorreria se aplicássemos o artigo 396 do Código de Processo Penal em seus termos literais, podendo o rito prosseguir consoante os ditames da Lei de Imprensa. Basta a resposta anterior ao recebimento da denúncia ou queixa, em 10 (dez) dias, adaptando-se o prazo antes previsto pela Lei de Imprensa. Com ela, deverá o réu apresentar sua contestação fazendo com que o juiz porventura rejeite a inicial acusatória ou o absolva sumariamente, caso a receba.

Quanto ao artigo 397 do Código de Processo Penal, que estabelece a necessidade de o juiz absolver sumariamente o réu quando



verificar uma de suas hipóteses, observa-se que também deverá ser aplicado. No entanto, para que se possa compatibilizá-lo com o rito especial da Lei de Imprensa, sustentamos deva o magistrado, com a resposta escrita do artigo 43, § 1º, apreciar se recebe ou rejeita a denúncia ou queixa. Recebendo-a, imediatamente, deverá apreciar se não há hipótese de absolvição sumária dentre aquelas elencadas no artigo 397 do Código. Veja-se que as causas de rejeição da inicial e as hipóteses de absolvição sumária são distintas. Quanto à absolvição sumária, ademais, evidentemente só pode ocorrer após o recebimento da denúncia ou queixa. Assim, caso admitida a ação penal por meio do recebimento da peça acusatória, o juiz aplicará o artigo 397 do Código de Processo Penal. Não verificando possibilidade de absolvição sumária, prosseguir-se-á com os demais atos do rito especial para os delitos cometidos por meio da imprensa.

Consoante já referido anteriormente, outro proceder se impõe caso haja entendimento pela necessidade de ocorrer defesa prévia em 05 (cinco) dias estabelecida no parágrafo 1º do artigo 43 da Lei de Imprensa destinada a levar o juiz à rejeição da inicial, e também ocorrer nova resposta escrita em 10 (dez) dias após o recebimento da denúncia ou queixa (artigo 396 do Código de Processo Penal). Evidentemente, o magistrado apenas poderá absolver sumariamente o acusado após esta defesa, quando já recebida a denúncia ou queixa. Se não concluir pela absolvição liminar, designará audiência de instrução.

Desta forma, ter-se-á o procedimento especial para aludidos crimes da seguinte forma:

1) A denúncia ou queixa devem ser instruídas com o exemplar do jornal ou periódico que publicou o escrito incriminado, ou, se se tratar de infração penal por meio de radiodifusão, deverá a inicial acusatória vir instruída com a notificação a que se refere o parágrafo 3º do artigo 58 (artigo 43 da Lei de Imprensa).

2) Antes de o juiz receber ou não a denúncia ou queixa, deverá determinar a citação do réu para apresentar defesa prévia no prazo de 10 (dez) dias. Não oferecida pelo autor, o juiz nomeia defensor para apresentá-la, declarando o acusado revel (artigo 43, § 1º). Na defesa prévia, poderá o acusado arguir qualquer exceção (artigos 95 a 112 do Código de Processo

Penal), preliminares de nulidade e indicar as provas (artigo 43, § 3º, da Lei n.º 5.250/67 e artigo 396 do Código de Processo Penal). Consoante previsão, pois, a peça deverá ser substancial, contendo argumentos que possam levar o magistrado a rejeitar a inicial acusatória ou a absolver sumariamente o acusado.

3) Se for crime de ação privada, após a contestação feita pelo querelado, deverá ser dada vista ao Ministério Público, como fiscal da lei, que opinará sobre a pretensão deduzida e a defesa oferecida (artigo 44 da Lei de Imprensa).

4) Após a manifestação do Ministério Público (nos crimes de ação privada) ou após a defesa prévia nos demais casos, pode o juiz rejeitar a denúncia ou queixa se verificar alguma das hipóteses do artigo 395 do Código de Processo Penal (cabendo apelação – artigo 44, § 2º da Lei de Imprensa), ou recebê-la (cabendo recurso em sentido estrito – artigo 44, § 2º, I, da Lei de Imprensa).

5) Recebendo a inicial acusatória, o juiz deverá, de imediato, analisar se não está diante de hipótese que autoriza a absolvição sumária do acusado, nos termos do artigo 397 do Código de Processo Penal. Caso haja entendimento no sentido de ser necessária nova resposta escrita do réu a teor do artigo 396 do Código de Processo Penal, assim deverá o magistrado proceder. Somente depois da defesa é que poderá decidir pela absolvição sumária. Não ocorrendo tal possibilidade, designará data para que o réu se apresente a fim de ser qualificado. Se o acusado quiser, poderá ser interrogado. Após a simples qualificação, ou interrogatório, se houver, serão ouvidas as testemunhas de acusação e, a seguir, as de defesa (artigo 45 da Lei de Imprensa). O réu deve requerer para ser interrogado (artigo 45, inciso III, da Lei de Imprensa).

6) Encerrada a coleta da prova, as partes terão 03 (três) dias para alegações finais escritas (artigo 45, inciso IV, da Lei de Imprensa).

7) Com as alegações finais escritas, deverá ser prolatada sentença.

Importante destacar que para os crimes praticados por meio da

imprensa o prazo para o Ministério Público oferecer denúncia será de 10 dias, independentemente de se tratar de indiciado solto ou preso (parágrafo 1º do artigo 4 da Lei de Imprensa).

O número de testemunhas não é explícito na Lei de Imprensa. Por isso, sustentamos que se deva aplicar por analogia o rito comum ordinário e comum sumário, dependendo do *quantum* da pena privativa da liberdade cominada. Aliás, o artigo 48 da Lei de Imprensa autoriza a aplicação do Código de Processo Penal supletivamente.

Relevante destacar a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nos feitos alusivos à Lei de Imprensa, ainda que de natureza privada, sob pena de nulidade, consoante dispõe o parágrafo 2º do artigo 40 da Lei de Imprensa.

Ainda no que se refere à atuação do Ministério Público, o parágrafo 3º do artigo 40 da Lei de Imprensa determina que a queixa pode ser aditada pelo Ministério Público, no prazo de 10 (dez) dias. Neste particular, acreditamos não possa o agente do Ministério Público promover o aditamento da queixa-crime para suprir omissão do querelante. O sentido do aditamento aqui contido refere-se ao dever de o Ministério Público apontar as deficiências da peça acusatória de iniciativa privada. Não lhe cabe suprir lacunas por falta de legitimidade. Quando a ação é de natureza privada, a atuação ministerial dá-se sob a forma de *custos legis*. Assim sendo, deverá apontar ao juiz o defeito verificado na queixa-crime, inclusive zelando pela indivisibilidade da ação penal. Aplica-se aos crimes de imprensa de natureza privada a regra contida no artigo 49 do Código de Processo Penal, no sentido de que a renúncia ao direito de queixa com relação a um dos autores do crime a todos se estenderá. Portanto, o agente do Ministério Público poderá apontar a necessidade de aditamento da queixa, quando se tratar de requisitos formais, ou mesmo apontar a necessidade de decretação da extinção da punibilidade pela renúncia, decadência ou outra causa.

O direito de queixa ou de representação deverá ser exercido no prazo de 3 (três) meses, a partir da publicação ou da transmissão da notícia incriminada. Tal prazo é definido literalmente no parágrafo 1º do artigo 41 da Lei de Imprensa como de prescrição e não de decadência. Certamente assim nominou o legislador dito prazo porque admitiu, já no parágrafo 2º do

mesmo artigo, a possibilidade de interrupção em duas hipóteses. Ora, sabidamente o prazo decadencial não se interrompe, enquanto o prazo prescricional, por natureza, admite causas interruptivas. Por isso, crê-se tenha o legislador nominado o prazo para o exercício do direito de queixa ou representação, que deveria ser identificado como decadencial, como prescricional. Vejamos as hipóteses em que ocorre a interrupção do prazo de três meses antes referido: 1) pelo requerimento judicial de publicação de resposta ou pedido de retificação e até que este seja indeferido ou efetivamente atendido; 2) pelo pedido judicial de declaração de inidoneidade do responsável, até o seu julgamento.

Atinente ao verdadeiro prazo prescricional, o *caput* do artigo 41 da Lei de Imprensa é expresso em referir que ocorre em 02 anos após a data da publicação ou transmissão incriminada, e a condenação, no dobro do prazo em que for fixada. No dizer do legislador, dá-se a prescrição da ação penal nos crimes definidos na Lei de Imprensa de maneira extraordinária quando comparados os prazos existentes no Código Penal. Efetivamente, trata-se de prazo anômalo de prescrição, tanto em abstrato como em concreto. A partir do enunciado verificado no *caput* do artigo 41 da Lei de Imprensa, conclui-se que a prescrição da pretensão punitiva, isto é, antes de ocorrer o trânsito em julgado para as partes, em qualquer hipótese (prescrição intercorrente, subsequente ou superveniente), dá-se em dois anos. Não há falar-se, assim, em prescrição retroativa a exemplo do que ocorre nos demais crimes do sistema. Isso porque neste caso a prescrição será regida pelo prazo de 2 (dois) anos, conforme expressa disposição legal. A prescrição da pretensão executória, por sua vez, é regulada pelo dobro da pena aplicada na sentença. Ocorre que, por vezes, durante os 03 (três) meses de prescrição (que em essência é decadência) pode surgir uma causa interruptiva (ex.: requerimento judicial para publicação do direito de resposta, artigo 41, § 2º, alínea “a”). Se esta causa demorar mais de 02 anos para terminar, ocorrerá a prescrição da ação penal (artigo 41, “caput”, CP).

Com relação à pena de multa, também prevista nos tipos penais da Lei de Imprensa, não houve previsão no que se refere à prescrição. Por isso, verificam-se duas correntes. A primeira, no sentido da aplicação da regra contida no Código Penal, artigo 114, inciso I, quando a pena pecuniária for a única aplicada ou cominada. Neste caso, a prescrição

ocorrerá em dois anos. A segunda corrente, mais benevolente com as pretensões do réu, sustenta que a prescrição da pena de multa em crimes de imprensa ocorre no dobro do mínimo da pena privativa de liberdade prevista, em abstrato, para o crime. Entendemos deva ser adotado o critério fixado no Código Penal, haja vista o disposto no artigo 48 da Lei n.º 5.250/67, que determina a utilização do aludido Código e do Código de Processo Penal supletivamente, em tudo o que a Lei de Imprensa não regular.

Quanto às causas interruptivas e suspensivas da prescrição, aplicam-se todas aquelas existentes no Código Penal ou legislação esparsa, também em razão do disposto no artigo 48 da Lei de Imprensa.

#### **8.9 Procedimento para crimes relativos a drogas**

No que concerne à matéria alusiva aos delitos envolvendo entorpecentes, temos em vigor a Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Superado, pois, o contexto em que vivemos sob a égide de dois diplomas legais, isto é, a Lei n.º 6.368/76, e a Lei n.º 10.409/02, período tormentoso em que a tipicidade alusiva à matéria de drogas era encontrada na Lei n.º 6.368/76 e em ambas as leis verificava-se a existência de procedimento processual penal, gerando enorme polêmica acerca de qual dos ritos devesse ser imprimido.

Felizmente, consoante já afirmado, a legislação em vigor, Lei n.º 11.343/06; apesar de padecer de eventuais críticas, é clara quanto à tipicidade e ao procedimento a ser imprimido para os crimes envolvendo drogas.

Com referência à matéria criminal, encontram-se diversos tipos penais em vigor, também contendo penas das mais variadas espécies e naturezas. Veja-se, por exemplo, que o artigo 28 define as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas. Novidade é a possibilidade de aplicação de penas de advertência sobre os efeitos das drogas (I), prestação de serviços à comunidade (II) e medida educativa de comparecimento a programa ou

curso educativo (III). Além disso, as penas dos incisos II e III podem ser aplicadas no máximo de 5 meses. Em caso de reincidência, as aludidas penas serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 meses. Conforme prevê o § 6º do artigo 28, para garantia do cumprimento das medidas educativas antes referidas, quando injustificadamente se recusar o agente a cumpri-las, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente, a admoestação verbal (I) e multa (II). Ademais, prescrevem em 02 anos a imposição e a execução das aludidas penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos artigos 107 e seguintes do Código Penal (artigo 30).

Ademais, entre os artigos 33 e 39 são encontrados tipos penais que, apesar de alguns já existirem anteriormente e outros constituírem novidades no sistema, tratam da matéria com mais rigor.

No que se refere ao procedimento a ser imprimido aos referidos delitos, inicialmente, verificamos que há regra expressa e distinta quando se tratar do tipo penal estabelecido no artigo 28. Para ele, dispôs a Lei n.º 11.343/06 a competência dos juizados especiais criminais, o processo e julgamento na forma dos artigos 60 e seguintes da Lei n.º 9.099/95. Ademais, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários (artigo 48, §§ 1º e 2º).

Por isso, em se tratando do crime de porte para uso próprio de substância entorpecente, inquestionável a aplicação do rito estabelecido na Lei n.º 9.099/95 para as infrações penais de menor potencial ofensivo, agora chancelado pelo disposto no artigo 394, inciso III, do Código de Processo Penal. Evidentemente, há de se aplicar os acréscimos dos artigos 395 e 397 ao rito sumaríssimo, consoante já justificado quando da análise do referido procedimento.

Quando não se tratar do delito contido no artigo 28 da Lei antidrogas, é imprescindível ainda observar se a infração penal dentre aquelas previstas entre os artigos 33 e 39 não é de menor potencial ofensivo, isto é, se a pena máxima cominada não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos. Neste particular, observam-se tipos penais com essa qualidade, a exemplo

do artigo 38 e do parágrafo 3º do artigo 33. Para eles, consoante já tratado em todos os procedimentos especiais analisados, ocorrendo a competência dos juizados especiais criminais, também se aplica o rito sumaríssimo da Lei n. 9.099/95, com os acréscimos já destacados dos artigos 395 e 397 do Código de Processo Penal.

Por derradeiro, quando a conduta não se enquadrar no artigo 28 ou nas demais infrações penais de menor potencial ofensivo, a Lei n.º 11.343/06 estabelece a existência de procedimento absolutamente especial para o processamento de ditos delitos. Está ele previsto entre os artigos 54 a 59.

A ritualística neles estabelecida inicia pelo recebimento dos autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação e abertura de vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências (artigo 54):

- a) requerer o arquivamento;
- b) requisitar as diligências que entender necessárias;
- c) oferecer denúncia, arrolar até 5 testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.

Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. Nela, devem ser argüidas exceções, preliminares, invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e arrolar até 5 (cinco) testemunhas (artigo 55, § 1º). Esta defesa preliminar é obrigatória, pois se não apresentada, o juiz deverá nomear defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo vista dos autos (artigo 55, § 3º).

Apresentada a defesa prévia, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias se recebe ou não a denúncia (§ 4º do artigo 55). Entretanto, se entender imprescindível, o juiz, no prazo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias (artigo 55, § 5º).

Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a

audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais (artigo 56). Se o acusado for funcionário público, quando o delito for aquele dos artigos 33 e 34 a 37, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, comunicando ao órgão respectivo. A audiência deverá se realizar dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 dias.

Na audiência de instrução e julgamento, realiza-se:

- 1) interrogatório;
- 2) inquirição das testemunhas da acusação;
- 3) inquirição das testemunhas da defesa;
- 4) debates orais por 20 minutos para cada parte, prorrogáveis por mais 10 (dez) a critério do juiz;
- 5) Sentença, se possível em audiência. Não sendo possível, em 10 (dez) dias.

O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1/3 a 2/3 (artigo 41). É a delação premiada eficaz.

Para a lavratura do auto de prisão em flagrante, quando necessário, e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial, ou na falta deste por pessoa idônea. O perito que subscrever o laudo provisório poderá firmar o laudo definitivo (artigo 50, § 2º).

O prazo para a conclusão do inquérito policial é de 30 (trinta) dias se indiciado preso, e de 90 (noventa) dias quando solto, podendo ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido



justificado da autoridade de polícia judiciária (artigo 51).

Diante do procedimento analisado, entretanto, é imperativo que se possa compatibilizar a incidência dos artigos 395 a 398 do Código de Processo Penal, de aplicação necessária em vista do disposto no parágrafo 4º do artigo 394 do aludido Código.

Da mesma forma como ocorreu em outros procedimentos especiais analisados, a compatibilização dos artigos 395 a 398 do Código de Processo Penal ao rito especial da Lei de Drogas é tarefa árdua e deverá gerar muita polêmica.

Não se verifica qualquer dificuldade atinente ao artigo 395, que estabelece as causas de rejeição da denúncia ou queixa. Na hipótese da Lei em comento, o juiz, no ato de recebimento da inicial acusatória, deverá verificar a possibilidade de sua rejeição a partir das situações elencadas no Código de Processo Penal.

Quanto ao artigo 396, que estabelece a existência de citação para apresentação de defesa preliminar escrita em 10 (dez) dias, de conteúdo substancial e apresentação obrigatória, após o recebimento da denúncia ou queixa, indispensável análise conjuntural para sua aplicação. A situação vivida na Lei n.º 11.343/06 não difere daquela contida na Lei de Imprensa, em essência. Vê-se que também na Lei Antidrogas há previsão de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia. Esta defesa, contida no artigo 55, ocorrerá em 10 (dez) dias e será substancial, além de não prescindível.

Ora, com o fito de adequar o artigo 396 do Código de Processo Penal ao rito especial da Lei de Drogas, parece-nos ser imperativa a manutenção da defesa exigida pelo artigo 55 da Lei n.º 11.343/06, no prazo de 10 (dez) dias. Sendo ela substancial e obrigatória, a exemplo da resposta aludida no artigo 396 do Código, acreditamos ser suficiente para os fins a que se destina. Não se vislumbra necessidade de, após o recebimento da denúncia, ocorrer nova resposta escrita (aquela do artigo 396 do CPP), quando toda a argumentação e requerimento de provas já foram exercidos anteriormente. Aliás, a defesa anterior ao recebimento da denúncia possui maior eficácia por possibilitar ao juiz apreciar o seu conteúdo e, porventura, rejeitar a inicial acusatória. Assim, pensamos ser até prejudicial ao réu ter de

renovar sua resposta após o recebimento da denúncia, já tendo exercido tal direito com a notificação do artigo 55 da Lei Antidrogas. Para tanto, deve ela conter argumentos para conduzir o magistrado à rejeição da inicial acusatória e para levá-lo a eventualmente absolver sumariamente o réu.

Em sentido contrário ao entendimento defendido, única solução diversa que se apresenta seria o juiz, após decidir pelo recebimento da denúncia, determinar a citação do acusado para resposta em 10 (dez) dias, a teor do artigo 396 do Código de Processo Penal. Após, analisar a hipótese possível de absolvição sumária. Não ocorrendo tal possibilidade, somente aí designar audiência de instrução e julgamento. Com este entendimento, ter-se-á duas defesas. Aquela já existente e prevista no artigo 55 da Lei Antidrogas, em 10 (dez) dias, substancial, que se destinará apenas aos fins de levar o magistrado à rejeição da inicial acusatória, e aquela agora prevista no artigo 396 do Código de Processo Penal, também em 10 (dez) dias, substancial e obrigatória, mas apenas com o desiderato de levar o juiz a absolver sumariamente o réu. Consoante já demonstrado, optamos pela primeira solução, dispensando a existência de duas manifestações escritas do réu, sem que haja qualquer prejuízo à ampla defesa e contraditório. Caso contrário, ter-se-á absoluta subversão do rito estabelecido na Lei n.º 11.343/06.

Sendo assim, S.M.J., pensamos haver adequação com esse proceder entre a novel previsão do parágrafo 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal e o rito especial mantido e em absoluta aplicação da Lei n.º 11.343/06.

No que se refere ao artigo 397 do Código de Processo Penal, alusivo às hipóteses de absolvição sumária do réu após o recebimento da denúncia, pensamos que o juiz, em caso de recebimento da denúncia em matéria de entorpecentes deva apreciar, imediatamente, se não está diante de algum dos imperativos que conduzem à absolvição liminar. Não vemos necessidade de ocorrer nova defesa (aquela do artigo 396 do Código) após o recebimento da denúncia para somente daí o magistrado decidir pela absolvição sumária. Veja-se que os argumentos que poderão conduzir o julgador a tanto já estarão presentes nas alegações preliminares do artigo 55 da Lei n.º 11.343/06, exercidas antes do recebimento da denúncia. Estas, pois, terão a capacidade de levar à rejeição da denúncia ou à absolvição sumária. Evidentemente, a rejeição ocorrerá no ato de apreciar o seu

recebimento. A absolvição, somente quando já recebida a inicial.

A partir das cogitações lançadas, poderá o juiz prosseguir com os demais atos processuais já elencados na Lei Antidrogas, aplicando o rito nela previsto se não rejeitar a denúncia ou absolver sumariamente o réu.

Nesse panorama, tem-se o rito a ser desenvolvido da seguinte forma:

1º) Após o recebimento dos autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, o Ministério Público, no prazo de 10 dias, poderá adotar uma das seguintes providências (artigo 54):

- a) requerer o arquivamento;
- b) requisitar as diligências que entender necessárias;
- c) oferecer denúncia, arrolar até 5 testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.

2º) Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 dias. Nela, devem ser argüidas exceções, preliminares, invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e arrolar até 5 (cinco) testemunhas (artigo 55, § 1º). Esta defesa preliminar é obrigatória, pois se não apresentada, o juiz deverá nomear defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos (artigo 55, § 3º).

3º) Apresentada a defesa prévia, o juiz decidirá, em 5 (cinco) dias, se recebe ou rejeita a denúncia (§ 4º do artigo 55). Neste momento, deverá fazer incidir o artigo 395 do Código de Processo Penal. Entretanto, se entender imprescindível, o juiz, no prazo de 10 dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias (artigo 55, § 5º).

4º) Recebida a denúncia, o juiz deverá fazer incidir o artigo 397 do Código de Processo Penal, verificando se não há hipótese de absolvição sumária. Ao nosso sentir, desnecessário, neste momento, efetuar a citação do acusado para nova resposta escrita em 10 (dez) dias, a teor do artigo 397 do aludido Código, porquanto a defesa necessária já foi exercida no prazo

do artigo 55 identificado no 2º item antes analisado. Caso haja entendimento pela necessidade de nova resposta escrita (aquela do artigo 396 do Código de Processo Penal), o magistrado, citará o acusado para tanto (artigo 397 do Código de Processo Penal). Somente depois decidirá se absolve liminarmente o acusado.

5º) Não ocorrendo possibilidade de absolvição sumária, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais (artigo 56). Se o acusado for funcionário público, quando o delito for aquele dos artigos 33 e 34 a 37, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, comunicando ao órgão respectivo. A audiência deverá se realizar dentro dos 30 dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 dias a solenidade.

Na audiência de instrução e julgamento, tem-se:

- 1) interrogatório;
- 2) inquirição das testemunhas da acusação;
- 3) inquirição das testemunhas da defesa;
- 4) debates orais por 20 minutos cada parte, prorrogáveis por mais 10 (dez) a critério do juiz;
- 5) sentença, se possível em audiência. Não sendo possível, em 10 (dez) dias.

#### **8.10. Procedimento especial para crimes eleitorais**

Tratando-se a Justiça Eleitoral de órgão jurisdicional de natureza especial neste País, verifica-se que o legislador, desde longa data, mantém em vigor a Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965. Nesta Lei são encontrados os crimes eleitorais e suas penas, bem como o procedimento especial a ser imprimido para o seu processamento.

Com efeito, nos artigos 289 a 354 são verificadas todas as

infrações penais de natureza eleitoral, de competência da Justiça Eleitoral. A partir do artigo 357 até 364 encontra-se o procedimento processual penal que deve ser adotado para os aludidos crimes.

Atinente ao procedimento processual penal, é de natureza especial, mantido a partir da reforma imprimida pelo legislador.

Na tradução do rito elencado no Código Eleitoral, observa-se desde logo excepcionalidade no prazo para a denúncia do Ministério Público, que deverá ocorrer em 10 (dez) dias a partir do recebimento dos elementos de convicção que possibilitem a formação da *opinio delicti* (artigo 357).

Oferecida a denúncia, apesar de não explicitado, deverá o juiz apreciar se não há hipótese de rejeição da inicial acusatória dentre aquelas elencadas no artigo 358 do Código Eleitoral, mantido na sua íntegra apesar da empreitada reformadora do legislador. Ora, diante dessa previsão, entendemos dever o magistrado, além das hipóteses do artigo 358, verificar se não há possibilidade de rejeição da denúncia a partir do novo dispositivo do artigo 395 do Código de Processo Penal. Por isso, verifica-se desde logo a fácil tarefa de compatibilizar a legislação eleitoral já existente com o novo diploma estabelecido no Código de Processo Penal no que se refere à rejeição da denúncia.

Ocorre que o comparativo entre o artigo 358 do Código Eleitoral, que já estabelecia as hipóteses de rejeição da denúncia (I - o fato narrado evidentemente não constituir crime; II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal), com o artigo 395 do Código de Processo Penal, que agora define as situações nas quais a inicial deverá ser rejeitada (I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal), bem como com o artigo 397 do Código de Processo Penal que agora estabelece as situações em que o acusado deverá ser absolvido sumariamente (I - existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui

crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente), permite-nos concluir que houve inovações substanciais.

Veja-se que no artigo 358 do Código Eleitoral as hipóteses de o fato narrado evidentemente não constituir crime e já estar extinta a punibilidade, que determinavam a rejeição da denúncia, agora estão previstas no artigo 397 do Código de Processo Penal como hipóteses de absolvição sumária.

Sendo assim, parece-nos deva ser mantida a previsão do Código Eleitoral, entendendo-se como sendo causas de rejeição da denúncia a existência de prova evidente de o fato não constituir crime e de já estar extinta a punibilidade, evitando-se, com isso, que se dê o recebimento da denúncia. Ainda mais quando tais motivos de rejeição fazem coisa julgada material, não possibilitando a propositura de nova demanda com relação ao mesmo fato se porventura sobrevierem novas provas. Assim, não se necessita de chegar à absolvição, podendo o juiz desde logo rejeitar a inicial acusatória.

Pois bem. Caso o magistrado não rejeitar a denúncia, nos termos do artigo 359 do Código Eleitoral, deveria determinar a citação do acusado para “depoimento pessoal”. Somente após ocorreria abertura de prazo com vistas à apresentação de alegações escritas e arrolamento de testemunhas em 10 (dez) dias.

A necessidade de adaptação do rito previsto no Código Eleitoral com os artigos 396 e 397 do Código de Processo Penal faz-nos concluir que o juiz, doravante, deverá decidir se rejeita ou recebe a denúncia. Recebendo-a, deverá promover a citação do acusado nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal, para resposta em 10 (dez) dias. Somente após, deverá analisar a presença de hipótese que o levará à absolvição sumária (artigo 397 do Código de Processo Penal). Não vislumbrando possibilidade de absolvição sumária, designará audiência de interrogatório do réu (depoimento pessoal no dizer do artigo 359 do Código Eleitoral). Depois do interrogatório, deverá ocorrer audiência de instrução para oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e defesa (artigo 360 do Código Eleitoral). Passo seguinte, abre-se prazo de 5 (cinco) dias para as partes apresentarem alegações finais, defesa e acusação sucessivamente (artigo 360 do Código Eleitoral) para, ao final, ocorrer a prolação da sentença em 10

(dez) dias (artigo 361 do Código Eleitoral).

Desta forma, não se vê maiores dificuldades na adaptação do procedimento já estabelecido para os crimes eleitorais e a novel redação dos artigos 395 a 397, que devem ser aplicados a teor do parágrafo 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal.

Ter-se-á o seguinte rito:

1º) Oferecida a denúncia, apesar de não explicitado, deverá o juiz apreciar se não há hipótese de rejeição da inicial acusatória dentre aquelas elencadas no artigo 358 do Código Eleitoral, que foi mantido integralmente, com o acréscimo das situações de rejeição estipuladas pelo artigo 395 do Código de Processo Penal.

2º) Recebendo a denúncia, deverá o juiz promover a citação do acusado nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal, para resposta em 10 (dez) dias. Consoante já asseverado anteriormente, trata-se de resposta substancial, não apenas formal.

3º) Com a apresentação da resposta escrita em 10 (dez) dias, que não é facultativa, deverá o magistrado analisar a presença de hipótese que poderá levá-lo à absolvição sumária (artigo 397 do Código de Processo Penal).

4º) Não vislumbrando possibilidade de absolvição sumária, designará audiência de interrogatório do réu (depoimento pessoal no dizer do artigo 359 do Código Eleitoral).

5º) Após o interrogatório, deverá ocorrer audiência de instrução para coleta da oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e defesa (artigo 360 do Código Eleitoral).

6º) Passo seguinte, abre-se prazo de 5 (cinco) dias para as partes apresentarem alegações finais da acusação e da defesa, sucessivamente (artigo 360 do Código Eleitoral).

7º) Finalmente, deverá ocorrer a prolação da sentença em 10 (dez) dias (artigo 361 do Código Eleitoral).

Convém ressaltar que o número de testemunhas que as partes podem arrolar não foi explicitado no Código Eleitoral. Por isso, com base no disposto no artigo 364 do aludido Código, deve-se adotar o Código de Processo Penal supletivamente. Daí ser de 8 (oito) o número quando a pena máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos, por analogia ao procedimento comum ordinário, e 05 (cinco) quando a pena privativa da liberdade máxima for inferior a 4 (quatro) anos, analogicamente ao rito comum sumário.

Por derradeiro, impende salientar que se a infração penal eleitoral for de menor potencial ofensivo, mantém-se a competência da Justiça Eleitoral, por se tratar de justiça especial, a exemplo da Justiça Militar e Justiça do Trabalho. Assim, sua competência também é definida na Constituição Federal (artigo 121), com remessa ao Código Eleitoral. Nele, no inciso II do artigo 35, está regrado que compete à Justiça Eleitoral processar e julgar os crimes eleitorais e comuns conexos, ressalvada a competência do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais. Sendo assim, a despeito da competência ser da Justiça Eleitoral, deverão ser oportunizados aos acusados os benefícios da transação e suspensão condicional do processo.

#### **8.11 Procedimento especial para crimes de responsabilidade praticados por prefeitos e vereadores estabelecido no Decreto-Lei n.º 201/67**

O Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, estabelece o elenco de crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais e vereadores.

A despeito da tipicidade estabelecida no artigo 1º, verifica-se que o artigo 2º do aludido Decreto-Lei determina que *o processo dos crimes definidos no artigo anterior é comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal*, com as modificações que elenca nos incisos I, II e III, bem como nos parágrafos 1º e 2º.

Preliminarmente, impende destacar que, na atualidade, Prefeitos Municipais gozam de foro especial por prerrogativa de função



quando da prática de infrações penais, a teor do artigo 29, X, da Constituição Federal. Por isso, diante da ocorrência de crime caracterizado por alguma das condutas do artigo 1º do Decreto-Lei n.º 201/67, deverá ser adotado o procedimento estabelecido na Lei n.º 8.038/90, que rege os processos de competência originária dos Tribunais.

Na eventualidade de ser cometido por vereador, pois, remanesce o procedimento contido no Decreto-Lei n.º 201/67, e bem assim na hipótese de ter cessado o exercício do mandato do Prefeito e o delito ter sido cometido quando do desempenho do cargo.

Sendo assim, verifica-se que deverá ser adotado o rito comum para os delitos estabelecidos no Decreto-Lei em comento. Ora, com a novel redação do artigo 394 do Código de Processo Penal, o rito comum é dividido em ordinário, sumário e sumaríssimo. Este, evidentemente, não se aplicará, porquanto reservado às infrações penais de menor potencial ofensivo, que inexistem no supracitado Decreto-Lei. Restam apenas os procedimentos ordinário e sumário. Por isso, considerando as penas privativas da liberdade máxima elencadas no parágrafo 1º do artigo 1º do supracitado Decreto-Lei n.º 201/67, para os delitos tipificados nos itens I e II do artigo 1º, o rito será comum ordinário, porquanto estabelecida sanção de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão. Nos demais incisos, a pena é de 3 (três) meses a 3 (três) anos de detenção. Para as correspondentes condutas, o rito será comum sumário.

Em acréscimo aos referidos procedimentos comum ordinário e sumário, ter-se-á de observar previsão contida no inciso I do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 201/67, que estabelece dever ao juiz de ordenar a notificação do acusado para apresentar defesa prévia em 05 (cinco) dias antes do recebimento da denúncia.

A partir da aludida regra, com relação aos crimes elencados no Decreto-Lei n.º 201/67, assim como ocorre a exemplo do rito para funcionários públicos que praticam delitos contra a administração pública, haverá uma defesa prévia anterior ao recebimento da denúncia, que se destinará a conduzir o magistrado eventualmente a rejeitar a inicial acusatória, bem como uma resposta escrita em 10 (dez) dias, quando já recebida a denúncia, a teor do artigo 396 do Código de Processo Penal, com

o fito de convencer o juiz a absolver o acusado sumariamente, porquanto adotado o rito comum ordinário ou sumário a partir do recebimento da denúncia.

Portanto, esta é a modificação que se faz necessária. Em suma, adota-se o rito comum ordinário ou sumário, dependendo do montante da pena máxima cominada à infração penal do Decreto-Lei n.º 201/67, com a necessidade de ser notificado o acusado para apresentar defesa prévia em 05 (cinco) dias antes do recebimento da inicial acusatória. Esta defesa terá por finalidade possibilitar a rejeição da denúncia. A resposta do artigo 396 do Código de Processo Penal, por sua vez, quando já recebida a inicial acusatória, com o desiderato de possibilitar a absolvição sumária.

## **9. Suspensão condicional do processo**

O benefício da suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89 da Lei n.º 9.099/95, como regra, pode ser concedido a qualquer infração penal, bastando a existência dos requisitos estabelecidos no aludido diploma legal. Por isso, ao contrário do que se possa imaginar, a despeito de estar prevista na lei dos juizados especiais criminais, a aludida benesse pode ser aplicada a todo o sistema. Nesse sentido, o artigo 89 define: *Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, (...).* Assim, para infrações penais de menor potencial ofensivo ou outras com pena mínima não superior a 1 (um) ano, é cabível a concessão do benefício da suspensão condicional do processo, uma vez preenchidos os demais requisitos.

Desde logo, não se olvide que a Lei n.º 9.099/95, em seu artigo 90-A, veda a incidência de suas disposições no âmbito da Justiça Militar. Da mesma forma, o artigo 41 da Lei n.º 11.340/06, Lei Maria da Penha, também veda a aplicação da Lei n.º 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. Aqui estão, pois, as duas únicas exceções à possibilidade de concessão do benefício da suspensão condicional do processo, apesar do preenchimento dos requisitos legais. Em tais situações, veda-se a aplicação de toda a Lei n.º 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar e nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Neste particular, ressalva

merece ser efetuada em se tratando de contravenção cometida contra a mulher. Sustentamos que em tal hipótese deve ser admitida a incidência da Lei n.º 9.099/95, pois o artigo 41 da Lei n.º 11.340/06 apenas veda a sua incidência em se tratando de crimes. Sendo dispositivo legal que impede direitos, sua interpretação deve ser restritiva e literal, nunca extensiva. Por isso, se a situação de violência doméstica e familiar consistir na prática de contravenção contra a mulher, teremos a possibilidade de aplicação irrestrita dos ditames da Lei n.º 9.099/95, inclusive o benefício da suspensão condicional do processo.

Ademais, veja-se que o artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 determina que o Ministério Público, presentes os requisitos legais, possa ofertar a benesse da suspensão condicional do processo ao oferecer a denúncia. Impende, sendo assim, analisar a forma de proceder diante da necessidade de incidência dos artigos 395 a 397 do Código de Processo Penal a todos os procedimentos de primeiro grau ocorrentes em nosso País.

Não se verifica dificuldade de adaptação.

Sendo o momento ideal para a oferta do benefício da suspensão condicional do processo quando da propositura da denúncia, assim deverá continuar ocorrendo. O Ministério Público, ao promover a ação penal por meio do oferecimento da inicial acusatória de natureza pública, verificando a possibilidade, oferecerá o benefício do *sursis* processual.

Compete ao juiz, antes de instar o acusado a manifestar-se se aceita a proposta de suspensão condicional do processo, verificar se não está diante de hipótese que autoriza a rejeição da inicial (artigo 395 do Código de Processo Penal). Mais ainda. Antes de possibilitar ao réu manifestar-se se aceita ou não proposta de *sursis* processual, deve averiguar se está autorizado a absolvê-lo sumariamente, a teor do artigo 397 do Código. Neste particular, não vemos outra possibilidade de interpretação, haja vista que a absolvição sumária do acusado deve ser observada anteriormente à manifestação do acusado se aceita ou não a suspensão condicional do processo. Por isso, somente quando afastada a possibilidade de absolvição sumária é que o magistrado deverá possibilitar ao réu manifestar-se acerca da aceitação da benesse em comento.

Para que possam ser aproveitados os atos processuais evitando delongas e morosidade, **sugerimos que o juiz, ao citar o acusado para apresentar defesa preliminar nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal, já apresente a ele a proposta manifestada pelo Ministério Público com a denúncia.** Poderá o acusado, em sua defesa, desde logo, expressar aceitação ou desinteresse pela proposta.

Considerando que a aceitação da proposta de *sursis* processual, consoante estabelecido no parágrafo 1º do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95, deva ocorrer na presença do juiz, sustentamos também que a manifestação do acusado e seu defensor nesse sentido ocorram já na audiência de instrução e julgamento. Ou, nos procedimentos especiais, na audiência de instrução quando nela não ocorrer julgamento.

Em sentido diverso, cite-se posicionamento de Andrey Borges de Mendonça (*op. cit.* p. 273-4). Para o aludido autor, o magistrado, diante da proposta de suspensão condicional do processo formulada pelo Ministério Público com a denúncia, se não rejeitar liminarmente a inicial acusatória nos termos do artigo 395 do Código de Processo Penal, deve designar audiência para a oitiva do acusado quanto à aceitação da proposta de suspensão, acompanhado de seu advogado, nos termos do parágrafo 1º do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95. Somente diante da não-aceitação da proposta deverá receber a inicial e citar o acusado para resposta a que se refere o artigo 396 do Código de Processo Penal e, após, analisar as hipóteses de absolvição sumária (artigo 397 do aludido Código). Com a devida vênia do entendimento manifestado pelo culto doutrinador, parece-nos absolutamente vantajoso ao acusado ser absolvido sumariamente em vez de optar pela aceitação do *sursis* processual. Não haveria sentido indagar se aceita a suspensão condicional do processo para após verificar que existe hipótese que conduza à absolvição sumária. Se esta ocorrer, não haverá necessidade de sequer ser oferecida a proposta de suspensão condicional do processo.

Por derradeiro, consoante prevê o parágrafo 1º do artigo 383 do Código de Processo Penal, 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.* Também o parágrafo 3º do artigo 384 determina a incidência dessa previsão quando o juiz verificar a possibilidade de *nova*

*definição jurídica do fato*, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação.

Trata-se, efetivamente, de previsão salutar.

A situação agora regradada diz respeito àquelas hipóteses de *emendatio libelli* e *mutatio libelli* em que o novo tipo penal apurado, contrariamente à acusação formulada inicialmente, permite a concessão do benefício da suspensão condicional do processo.

Nesses casos, nada mais justo do que permitir a concessão da aludida benesse, mesmo ao final do processo. Com isso, sendo aceito o benefício, evita-se a condenação do acusado e seus efeitos por meio da suspensão condicional do processo que ocorrerá ao encerramento do feito, mas antes da imposição da pena.

Aliás, situação semelhante já era verificada na Súmula n.º 338 do Superior Tribunal de Justiça, que possui o seguinte conteúdo:

**É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.**

Portanto, a despeito da previsão agora contida no Código, por meio do parágrafo 1º do artigo 383 e do parágrafo 3º do artigo 384, não apenas em caso de *emendatio libelli* ou *mutatio libelli* se poderá operar o benefício do *sursis* processual. A Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça é ainda mais abrangente, tornando possível o oferecimento da suspensão condicional do processo ao réu inclusive em se tratando de desclassificação para infração penal de menor gravidade que admita dito benefício, ou mesmo *quando procedente em parte a ação penal*. Veja-se como exemplo de desclassificação o caso de denúncia atribuindo ao acusado a prática do delito de tráfico de drogas quando, na sentença, ocorrer desclassificação para o delito de porte para uso próprio. O primeiro crime não admite o *sursis* processual, enquanto o último é compatível com a benesse em virtude de a pena mínima não exceder 1 (um) ano. Quanto à hipótese de procedência parcial da pretensão punitiva pode-se citar exemplo em que se atribui ao acusado dois delitos de estelionato, não

comportando o benefício em vista da soma ou unificação das penas mínimas, quando na sentença o juiz julgar procedente em parte a acusação para condenar o réu apenas pela prática de um dos delitos. Sendo assim, ainda terá direito ao referido benefício.

## **10. Necessidade de a decisão de recebimento da denúncia ou queixa ser fundamentada**

Da análise da legislação reformadora do Código de Processo Penal (Leis n.ºs 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08), constata-se que não houve referência pelo legislador acerca da necessidade de o juiz, ao receber a denúncia ou queixa, fundamentar sua decisão.

Tratava-se de questão aberta e ausente na legislação anterior e que passou incólume na reforma.

Antes das alterações inseridas no Código de Processo Penal, prevalecia o entendimento no sentido de que, como regra, o juiz não necessitava de fundamentar o recebimento da denúncia ou queixa, pois estaria manifestando-se acerca do mérito, o que lhe é vedado ao acolher a inicial acusatória e desencadear o processo contra o réu. Por isso, entendimento uníssono nos tribunais pela inexistência de violação ao artigo 93, inc. IX, da Constituição.

Entretanto, diante da existência de procedimentos especiais para os quais havia previsão da ocorrência de defesa preliminar (alegações escritas ou orais) antes do recebimento da denúncia ou queixa (ex.: lei de imprensa, lei de drogas, delitos funcionais, juizado especial criminal, Dec.-Lei n.º 201/67 e processos de competência originária dos Tribunais), entendia-se pela necessidade de manifestação judicial fundamentando o recebimento da peça acusatória. Nesses casos, evidentemente, o juiz, para receber a inicial acusatória, deveria rechaçar as alegações preliminares efetuadas pela defesa. Por isso, acabaria se manifestando sobre as teses defensivas alegadas nas razões preliminares da defesa.

No panorama atual, parece-nos que a previsão contida nos artigos 395 e 396 do Código de Processo Penal conduzirá o magistrado a,

necessariamente, manifestar-se acerca das hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa. No dizer do artigo 396, o juiz, *se não rejeitar liminarmente* a denúncia ou queixa, *recebê-la-á e ordenará a citação do acusado*. Ora, há necessidade de manifestação jurisdicional acerca da rejeição da peça acusatória, o que conduz o juiz a manifestar-se justificando quando não ocorrer a rejeição. Por isso, sustentamos que o magistrado, unicamente, deva exarar manifestação no sentido de rechaçar as hipóteses de rejeição liminar da denúncia ou queixa, quando recebê-las. De qualquer sorte, deverá tomar a cautela de não se manifestar acerca do mérito da ação penal.

Quando da existência de procedimentos especiais para os quais haja previsão de defesa preliminar por meio de alegações escritas ou orais antes do recebimento da denúncia ou queixa, consoante já afirmado anteriormente, mantém-se a necessidade de manifestação judicial fundamentando o recebimento da peça acusatória, haja vista que o magistrado deverá expressar o porquê de acolhê-la ou afastá-la.