

COMUNICAÇÃO PRÉVIA DA ACUSAÇÃO*

DÉCIO ALONSO GOMES**

SUMÁRIO: 1 - Introdução; 2 - Conceito de Acusação; a) a doutrina nacional sobre acusação; b) o conceito de acusação segundo as Cortes Internacionais; b.1) da forma; b.2) da existência; c) caráter penal da acusação: critérios identificadores e distinção quanto ao Direito administrativo-sancionador; d) situação peculiares (in)comparáveis com o conceito de acusação criminal; 3 - Dimensão da garantia; a) a ideia do prazo razoável para a comunicação; 4 - Delineamento jurisprudencial da garantia à comunicação prévia da acusação; 5 - Necessidade de localização do imputado; 6 - Processo na ausência do imputado; 7 - Acusação em língua compreensível; 8 - Legislação brasileira; 9 - Conclusão.

“Custa menos ao nosso amor-próprio caluniar a sorte, do que acusar a nossa má conduta”

Marquês de Maricá

1 - INTRODUÇÃO

Tema pouco versado e quase não sistematizado pela doutrina nacional, a *comunicação prévia da acusação* surge como ponto de complexa análise e importante compreensão, mormente diante da dimensão outorgada à garantia pe-

* Trabalho apresentado ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, como uma das avaliações da disciplina “As garantias processuais em face da Convenção Americana dos Direitos Humanos”, ministrada pelos Professores André de Carvalho Ramos, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, no primeiro semestre de 2010.

** Doutorando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo; Mestre em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes; Especialista em Direito pela Universidade Federal Fluminense; Professor de Direito Processual Penal da Universidade Candido Mendes; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial.

los diplomas de Direitos Humanos (e a consequente interpretação conferida pelos Tribunais internacionais).

Atentando para o coerente alerta realizado por POZZER, que a *acusação*, perfeita e completa, integra o *devido processo penal*¹, e, antes que a equivocada e tacanha compreensão sobre o estudo dos Direitos Humanos transforme estas linhas em monólogo sobre o direito de defesa, destaca-se que a preocupação central deste estudo é o oferecimento de parâmetros seguros e claros para o exercício da *acusação penal*, com especial ênfase às balizas de atuação postas pelas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos², buscando-se evitar, com isso, atuações estatais acusatórias desprovidas dos elementos mínimos de validade.

É claro que, tendo por base um sistema processual no qual pretende-se a participação ativa e regular das partes, não seria possível delinear o tema acusação sem desenhar linhas sobre a defesa, aqui entendida como aquela atividade realizada por uma pessoa, primeiro, como reação diante de uma acusação e, depois, perante qualquer atividade processual da outra parte que afete ou possa afetar seus interesses no transcurso do processo já iniciado³.

Informar, advertir ou comunicar sobre a acusação é um pressuposto essencial para o exercício do direito de defesa, tanto que, cumprindo a função informativa, permite-se que o imputado escolha o tipo de comportamento que irá adotar. Sua função não é influir sobre a conduta deste sujeito, mas informá-lo sobre sua situação jurídica e as possibilidades sobre as quais pode orientar sua defesa⁴.

O dever de informar (ou a garantia da comunicação da acusação ou o direito à informação) se faz mais imperativo nos países onde existe uma forte

1. POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 52. Assevera o autor: "A acusação, perfeita e completa, constitui direito do acusado e integra o devido processo penal. Somente com a compreensão do conceito de acusação será possível saber quando surge e em que momento há acusado, com possibilidade de exercício do constitucional direito ao contraditório e à ampla defesa".
2. Por amor ao debate, frise-se que as referidas Cortes Internacionais têm conceitos fortemente arraigados sobre a necessidade de efetividade da persécução penal estatal, não devendo, como é usual, haver confusão entre o discurso sobre os *direitos humanos* e a ideia de *impunidade*. Neste sentido, por todos: CARVALHO RAMOS, André de. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de Direitos Humanos, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 62, p. 09-55, 2006.
3. Assim: CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998, p. 17.
4. Em situação análoga, discorrendo sobre a ciência do conteúdo da acusação e a preparação da defesa para o interrogatório: REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. *El interrogatorio del imputado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 38. Ainda na esteira de POZZER, importa gizar a possibilidade de verificação de *acusação* antes da propositura da ação penal (POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Op. cit.*, p. 52). O autor invoca a regra do art. 5º, LV, CRFB, como marco legal para o reconhecimento do direito de defesa e do contraditório aos "acusados em geral", em qualquer processo ou procedimento acusatório, o que importaria na revisão do conceito de acusação, para

cultura inquisitiva e onde as personagens da Justiça penal têm uma ideia errada do seu alcance. A comunicação adequada da acusação deve constituir um dever das instâncias persecutórias e judicial, como instrumento de viabilização do devido processo penal, da efetividade do processo e dos imperativos constitucionais em todas as fases da persecução penal.

A garantia de comunicação prévia da acusação ganha interesse redobrado diante das disposições postas nos diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos. O tema de fundo deve passar, então, pela análise do conteúdo dos arts. 8º, 2, "b", da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), e 6º, § 3º, "a", da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (CEDH), assim vazados:

Art. 8º, 2, "b", da CADH	Art. 6º, § 3º, "a", da CEDH
<p><i>"Artigo 8º - Garantias judiciais</i> (...) 2. <i>Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:</i> (...) b) <i>comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada,"</i>⁵</p>	<p><i>"Artigo 6º - Direito a um processo equitativo</i> (...) 3. <i>O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:</i> a) <i>Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada,"</i>⁶⁻⁷</p>

uma dimensão mais ampla. Traz em seu socorro a lição de PONTES DE MIRANDA, nos seus comentários à Constituição Federal de 1967, quando afirma que a defesa aludida pelo Texto Magno é aquela na qual há "acusado", seja em processo penal, ou processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial. Como será demonstrado, a garantia da comunicação prévia da acusação, que também alcança a fase pré-processual, não gera a necessidade de contraditório no inquérito policial. Registre-se que o autor apesar de sustentar a incidência do contraditório também nesta fase, diz textualmente que a "inquisitorialidade não é incompatível com o exercício do direito de defesa pelo indiciado durante o inquérito policial. Seu interesse, ali, consiste, ao menos, em demonstrar que não deve ser denunciado" (p.61).

5. Na redação original, em espanhol: "2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*
 (...)
 b) *comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada"*.
6. Na redação original, em inglês: "3. *Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:*
 (a) *to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him"*.
7. Na redação original, em francês: "3. *Tout accusé a droit notamment à:*
 a) *être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui"*.

No entanto, para a compreensão do tema aqui versado, imperiosa a dissecação dos termos e expressões utilizadas pelas Convenções, haja vista que estes dispositivos suscitam interpretação própria, muitas vezes em dissonância com a orientação empregada pela doutrina e legislação local.

2 - CONCEITO DE ACUSAÇÃO

A abordagem do tema *comunicação prévia da acusação* exige do seu intérprete a correta definição dos conceitos utilizados pelo legislador nos textos internacionais, com o escopo de corretamente delinear a garantia em comento.

De plano, verifica-se interessante distinção existente entre as versões em inglês e em francês do texto da Convenção Europeia.

Sem ambages, o texto em inglês fala em qualquer pessoa "*charged with a criminal offence*", ao passo que a versão francesa faz referência apenas a "*tout accusé*".

Assim, a doutrina estrangeira, seguindo a esteira da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), procura fazer a conceituação do que seria "*charge*" ("acusação")⁸ e "*criminal offence*" ("infração penal")⁹, destacando que esta última expressão é usada com exclusividade na versão inglesa da Convenção, o que daria margem a controvérsias¹⁰.

Usualmente, associa-se a noção de "acusação" à formal atividade de imputação, em juízo, de uma pessoa como responsável pela prática de uma conduta em desajuste com a lei. No entanto, tal termo pode ter uma conceituação ampla ou restrita, e, no Brasil, sua definição depende da compreensão e delimitamento de outros institutos correlatos (geralmente, as expressões "imputação", "pretensão", "pedido" e "objeto" do processo penal).

Neste canteiro, oportuna se apresenta uma breve coletânea das posições expostas pela doutrina nacional.

8. "*charge* n. 1. A formal accusation of a crime, usually made by the Police after "interrogation" (MARTIN, Elizabeth A. *A dictionary of law*. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 74).

9. "*offence* n. A *crime. The modern tendency is to refer to crimes as offences. Offences may be classified as *indictable ou *summary and as *arrestable or nonarrestable" (MARTIN, Elizabeth A. *Op. cit.*, p. 340).

10. Por todos: MOLE, Nuala; HARBY, Catharina. *The right to a fair trial: a guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*. 2ª ed. Belgium: Council of Europe, 2006, p. 16 e ss. Cumpre assinalar que a controvérsia surgida nas primeiras confrontações das traduções do texto principal parecem estar superadas, considerando-se, para os fins de incidência da garantia prevista no Art. 6º da Convenção Européia, apenas as *infrações penais*, sendo certo, no entanto, que as Cortes Internacionais desenvolveram um conceito próprio e autônomo de *infração penal*, o que pode, em alguns casos, como será analisado, abranger infrações dispostas pela lei doméstica com o título de administrativa.

a) a doutrina nacional sobre acusação

SCARANÇE FERNANDES, lembrando a constante afirmação de que o pedido no processo penal é sempre genérico, ressalta que é a “imputação” que se presta a delimitar a acusação, servindo, assim, para a identificação da ação penal e como parâmetro para a correlação entre acusação e sentença. Indica, na sequência, que imputação é o *juízo de atribuição da responsabilidade* a alguém pela prática de determinado ato¹¹.

Alinhado à orientação alienígena, o Professor das Arcadas sustenta que a imputação, geralmente, revela-se por ato processual, mas não é o próprio ato e, nem sempre, externa-se por ato certo e determinado. Além disso, divorcia a imputação da acepção mais divulgada, consistente no juízo de atribuição, em juízo, da responsabilidade a alguém pela prática de uma infração (o que ele denomina de “acusação formal”), tendo como possível sua ocorrência na fase pré-processual, ilustrando com a maneira como a pessoa suspeita é tratada nas variadas manifestações da autoridade policial, durante a investigação, incluindo as declarações prestadas à imprensa¹².

É neste eito que SCARANÇE FERNANDES elenca diversas formas de imputação, como o indiciamento, a denúncia ou queixa, representação para ser decretada a prisão temporária do suspeito (com acolhimento pelo juiz), decretação de medidas constritivas, e, com base nas lições de ORESTE DOMINIONI, o mandado de prisão e o mandado de busca¹³.

Nesta linha de ideias, ressaltando a importância de se manejar o conceito ampliado de imputação, conclui não haver sentido em limitar-se a imputação à fase processual em sentido estrito, mormente quando seu reconhecimento viabiliza à pessoa considerada provável autora da infração penal meios de atuar em sua defesa¹⁴.

11. SCARANÇE FERNANDES, Antonio. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 100/102. *In verbis*: “Vista lexicamente, a palavra ‘imputação’, que se origina do vocábulo latino *imputatio*, tem o significado de atribuição da responsabilidade a alguém pela prática de determinado ato. Imputação criminal é, então, a atribuição a alguém da prática de determinada infração penal”.
12. SCARANÇE FERNANDES, Antonio. *Op. cit.*, p. 102. “Pode a investigação iniciar quando era desconhecido quem praticou o crime noticiado, faltando imputação e imputado, mas, em certo momento, convergem indícios em direção a determinada pessoa e esta passa a ser tratada pela autoridade da persecução como a provável autora do crime. Esse tratamento é revelado pelas diligências realizadas e, às vezes, confirmado por notícias veiculadas pela imprensa, mas inexistente ato formal de imputação – o indiciamento – e a autoridade policial insiste em afirmar que aquela pessoa será ouvida como testemunha, negando-lhe o direito ao silêncio”.
13. SCARANÇE FERNANDES, Antonio. *Op. cit.*, p. 103.
14. SCARANÇE FERNANDES, Antonio. *Op. cit.*, p. 104. No entanto, afirma não ser possível a adoção de um conceito excessivamente elástico, sob pena de esvaziá-lo, inadmitindo a ocorrência de imputação na notícia formulada por qualquer do povo ou pelo ofendido. Reserva a “competência” para imputação às autoridades responsáveis pela persecução penal e ao juiz.

Por seu turno, BADARÓ ensina que imputar significa atribuir um fato penalmente relevante a alguém¹⁵:

“A imputação é a afirmação do fato que se atribui ao sujeito, a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal. Em síntese, trata-se da afirmação de três elementos: o fato, a norma e a adequação ou subsunção do fato à norma. Seu conteúdo, pois, só pode ser a atribuição do fato concreto que se enquadra em um tipo penal. O objeto da imputação, por outro lado, é o fato que foi atribuído a alguém”¹⁶.

Antecipando-se ao norte trilhado nestas linhas, BADARÓ declara ser possível trabalhar-se com um conceito de imputação também na fase pré-processual, frisando que o objeto da imputação penal sofrerá uma constante valoração ao longo de toda a persecução penal, iniciando, via de regra, como suspeita, passando pela probabilidade até transformar-se em certeza. *“A instrução processual, por seu lado, nada mais é do que uma fase do iter procedimental destinada à colheita de provas para a verificação da veracidade ou falsidade da imputação quanto à autoria e existência do fato”¹⁷.*

Igualmente alinhado à ideia do conceito amplo de acusação, com seu reconhecimento na fase que antecede a propositura da ação penal, POZZER vai além da linha traçada pelos autores anteriormente citados, alegando que a *“acusação não pode ser considerada como instituto exclusivo do processo penal e tida como existente, apenas e tão-somente, após a oferta e recebimento do pedido acusatório. Ao contrário, a acusação se dá sempre que alguém – em qualquer tipo de relação, formal ou informal –, aponta outrem como autor de conduta, considerada reprovável, buscando sua responsabilização pela falta”¹⁸.*

Nesta toada, define *“acusação como o ato de apontar alguém como provável autor de fato reprovável, passível de reprimenda, seja em qualquer tipo de relação, procedimental ou não. Especificada para o processo penal, desponta a acusação como o ato de indicar alguém como provável autor de fato penal relevan-*

15. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Iváhy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 81. E continua seu magistério, asseverando que no “processo penal, a imputação é o ato processual por meio do qual se formula a pretensão penal. É a formulação da pretensão penal”. Em que pese sua discordância, elenca, na seqüência, a existência de posições doutrinárias mais restritas, que concebem a imputação apenas como a atribuição de um fato a alguém.

16. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. cit.*, p. 82/83.

17. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. cit.*, p. 85/86. Ao afirmar que a imputação *“nada mais é do que um projeto de sentença”*, o autor atesta que esta última traz o grau máximo de certeza quanto à imputação, demonstrando que o “objeto do processo deverá permanecer o mesmo ao longo de todo o processo, desde a imputação até a sentença”.

18. POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Op. cit.*, p. 52. Justifica o autor seu raciocínio por prisma distinto, definindo o conceito de acusação através do direito de defesa: *“...Se ao indiciado permite-se defesa, é porque existe imputação de infração penal. Entretanto, porque no inquérito policial não há partes, não poderá haver contraditório; só o exercício do direito de defesa, seja pelo suspeito, adiantando-se; seja pelo indiciado, afrontando os meios de prova”* (p. 63).

te, para sua responsabilização, em procedimento extrajudicial ou judicial; no curso da persecução penal, ou no correr do processo de execução penal”¹⁹.

POZZER declara que a acusação é composta por três elementos: *fato de relevância penal, indicação de autoria e responsabilização penal*, sendo certo que à reunião dos dois primeiros elementos ele atribui a denominação de *imputação*²⁰.

Com pequena variação, constata-se que este já era o posicionamento de JARDIM, para quem *acusação* é composta basicamente de dois elementos: a imputação e o pedido de condenação²¹.

b) o conceito de acusação segundo as Cortes Internacionais

Sem descurar da controvérsia existente na doutrina, as Cortes Internacionais de Direitos Humanos, paulatinamente, se viram forçadas a formar e divulgar um conceito próprio de *acusação*, permitindo aos seus tutelados e aos Estados contratantes o conhecimento da extensão e abrangência das garantias previstas nas Convenções.

Não por outro motivo, o TEDH, por reiteradas vezes, fixou o entendimento que a ideia de *charge*, veiculada no Artigo 6º, tem uma definição autônoma²², sendo viável sua identificação por meio de três elementos²³: a) a natureza da

19. POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Op. cit.*, p. 63/64.

20. POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Op. cit.*, p. 65. O autor discorda expressamente de BADARÓ, afirmando que a *imputação* é um dos elementos da *acusação*, e não seu sinônimo mais usual (nota de rodapé 30).

21. JARDIM, Afrânio Silva. A imputação alternativa no processo penal, in *Direito Processual Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 146. Tal posicionamento é compartilhado por MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 105/106.

22. Já em 1968, no Caso *Neumesteir v. Austria* (sentença de 27 de junho de 1968), o TEDH fazia referência de maneira muito alusiva à noção de acusação “no sentido da Convenção” (§ 18). Seus termos ficaram mais precisos dez anos depois, no Caso *König v. Federal Republic of Germany* (sentença de 28 de junho de 1978, série A nº 27, § 88). Finalmente, em 1980, conferiu uma definição de acusação “autônoma”. O § 46 do Caso *Deweert v. Belgium*, sentença de 27 de fevereiro de 1980, destacou a este respeito: “A acusação poderia (...) definir-se como a notificação oficial, emanada da autoridade competente, da reprovação por haver praticado uma infração penal”. Também assim: TEDH, Caso *Adolf v. Austria*, sentença de 26 de março de 1982, série A 49, § 30. “The prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial favours a ‘substantive’, rather than a ‘formal’, conception of the ‘charge’ referred to by Article 6 (art. 6); it impels the Court to look behind the appearances and examine the realities of the procedure in question in order to determine whether there has been a ‘charge’ within the meaning of Article 6 (art. 6) (see the above-mentioned *Deweert* judgment, p. 23, par. 44)”.

23. TEDH, Caso *Pullar v. United Kingdom*, sentença de 10 de junho de 1996, § 29. Em *A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland*, sentença de 29 de agosto de 1997, § 42, indaga-se sobre a existência de uma culpabilidade ligada à norma.

infração e sua definição na legislação nacional; b) seu propósito; e c) os termos da sua regulamentação.

Este conceito autônomo de acusação, sob o prisma interpretativo, deve ser amplo e extensivo, pois, numa sociedade democrática, uma interpretação restritiva não corresponderia com o objeto nem com o propósito do Art. 6º da Convenção²⁴. Além disso, é mais substantivo do que formal²⁵.

Para o TEDH, a acusação é uma notificação oficial dada a um indivíduo, pela autoridade competente, sobre uma alegação de cometimento de um delito, ou, onde *the situation of the [suspect] has been substantially affected because of that same suspicion*²⁶.

Assim, a definição da acusação independe da declaração particular ou oficiosa do Presidente de Tribunal quanto à sorte do julgamento²⁷. A linha defensiva deve ser norteadada pela notificação oficial ou pela acusação formal em curso.

No Caso *Deweere v. Belgium*, na sequência de uma notícia de que o requerente havia violado certa regulamentação de preços, a Promotoria ordenou o fechamento provisório de sua loja. Por uma questão legal da Bélgica, nunca houve a instauração de um processo criminal contra o requerente, por ter sido

24. TEDH, Caso *Delcourt v. Belgium*, sentença de 17 de janeiro de 1970, § 25. Ainda: TEDH, Caso *De Cubber v. Belgium*, série A 86: "Without underestimating the force of the Government's arguments and without adopting a subjective approach (see paragraphs 25 and 28 above), the Court recalls that a restrictive interpretation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) - notably in regard to observance of the fundamental principle of the impartiality of the courts - would not be consonant with the object and purpose of the provision, bearing in mind the prominent place which the right to a fair trial holds in a democratic society within the meaning of the Convention (see the above-mentioned *Delcourt* judgment, Series A no. 11, pp. 14-15, para. 25 in fine)".

25. TEDH, Caso *Deweere v. Belgium*, sentença de 27 de fevereiro de 1980, §. 44.

26. Idem, § 46.

27. TEDH, Caso *Colak v. Federal Republic of Germany*, sentença de 06 de dezembro de 1988: "30. The Court notes in the first place that it is impossible to establish with certainty whether the conversation alleged by the applicant took place. Neither the formal statements made by the President of the Assize Court on 19 June 1981 and 4 July 1984 (see paragraph 22 above), nor any other items of evidence adduced, provide sufficient information to enable it to rule on this disputed issue of fact. However, the wording of these statements does not exclude the possibility that the President of the Assize Court did in fact have a conversation with Mr Rosenberg outside the courtroom concerning the legal classification of the acts alleged against Mr Colak. This possibility was moreover mentioned by the Federal Constitutional Court in its judgment of 17 May 1982 (see paragraph 26 above). But even if such a conversation did take place, the Court would have no means of ascertaining exactly what was said (...) 31. Even if the President of the Assize Court did make the statements alleged by Mr Rosenberg, he could not speak on behalf of his fellow judges (...) According to the terms of the written prosecution submissions read out at the opening of the hearings in the Assize Court (see paragraph 16 above), Mr Colak was accused of attempted murder. At the hearing on 16 January 1981, the court did not exclude the possibility of a conviction on this charge. It merely pointed out, as it was obliged to do by law in the circumstances of the case, that a conviction for causing grievous bodily harm was also a possibility (see paragraphs 14 and 17 above). Neither at this point, nor at any other, did the Assize Court suggest that it was no longer intending to deal with the charge of attempted murder".

aceito um acordo preliminar oferecido. O TEDH, no entanto, reconheceu que o requerente estava sob uma acusação criminal, pelas repercussões causadas na sua esfera jurídica²⁸.

A notificação referida é utilizada como marco do início do cômputo do prazo razoável, ainda que a pessoa notificada não tenha entendido seu conteúdo ou a notificação não tenha chegado à pessoa.

b.1) da forma

Quanto à forma, entende o TEDH que o caráter formal não é necessariamente um requisito (vale dizer, a existência de uma acusação não exige um ato específico), podendo adotar outras formas que suponham a existência de uma acusação penal e que afetem substancialmente a situação do suspeito ou que comportem repercussões importantes sobre sua situação, como a busca realizada na sua casa e/ou a apreensão de bens²⁹.

b.2) da existência

No que pertine à existência da acusação na fase pré-processual, o TEDH já teve a oportunidade de indicar sua ocorrência durante a prolongação da detenção de um suspeito³⁰. No entanto, entendeu inexistente acusação, no sentido veiculado pelo Art. 6º da CEDH, quando os direitos de terceira pessoa são afetados pela perseguição de outra³¹.

28. Note-se que a jurisprudência do TEDH aponta no sentido da admissibilidade de atos consensuais entre acusação e defesa, como no procedimento do *guilty plea*, admitindo o uso de certa *pressão judicial* (cf. Caso X *v. United Kingdom*, Appl. nº 5076/71, decisão da Comissão de 23 de março de 1972; Caso R.O. *v. the United Kingdom*, Appl. nº 23094/93, decisão da Comissão de 11 de maio de 1994). Informa-se, ainda, que procedimentos simplificados, que não atendam a todas as garantias impostas pelo Art. 6º, não serão necessariamente contrários à CEDH, se outra forma procedimental, completamente compatível com o devido processo, estiver disponível para o imputado, e ele estiver apto a realizar uma escolha livre e informada entre os dois. É o que ocorre no caso italiano do *giudizio abbreviato*, ou, com o procedimento do *guilty plea* norteamericano. Neste sentido: “The Court notes that it was the applicant himself who requested application of the summary procedure. Although opting for the summary procedure has the effect of weakening procedural safeguards, the applicant may waive the safeguards of the ordinary procedure provided that the waiver is unequivocal and that no public-interest considerations militate against it (see *Kwiatkowska v. Italy* (dec.), no. 52868/99, 30 November 2000)” (TEDH, Caso *Scoppola v. Italy*, sentença de 17 de setembro de 2009, § 42). Porém, no Caso *Deweere v. Belgium*, § 56, o TEDH afirmou que a referida *pressão judicial* não pode configurar ou transformar-se em constrangimento, pois este, interferindo na emissão livre da vontade do acusado, acaba por contaminar a opção realizada.

29. TEDH, Caso *Eckle v. Austria*, sentença de 15 de julho de 1982, série A 51, § 74.

30. TEDH, Caso *Lietzow v. Federal Republic of Germany*, sentença de 13 de fevereiro de 2001, § 44.

31. TEDH, Caso *Air Canada v. United Kingdom*, sentença de 05 de maio de 1995, §§ 52-53. Neste precedente, um avião de propriedade e operada pela *Air Canada* pousou no *London Heathrow*

O Art. 6º da Convenção também tem incidência nos processos envolvendo a determinação da pena que uma pessoa condenada deve cumprir³².

Enfim, as garantais aplicam-se durante todas as fases da persecução penal (incluindo a fase inaugurada pelos recursos ordinários e os de natureza constitucional, quando estes forem desdobramentos da relação jurídico-processual da demanda criminal³³), bem como durante a execução da sentença³⁴.

Contudo, observa-se que a forma como o Art. 6º será aplicado durante a fase pré-processual depende das peculiaridades dos procedimentos envolvidos no caso. As leis nacionais podem estabelecer consequências para as condutas do acusado no estágio inicial da persecução penal, que serão decisivas para as perspectivas da defesa no processo penal posterior.

Nestas circunstâncias, o Art. 6º normalmente demanda que o acusado seja beneficiado pela assistência de um defensor já no início da persecução. Ocorre que este direito, não expressamente assentado no texto da Convenção Europeia, pode se sujeitar a restrições por causas determinadas e não enumeradas expressamente pela Corte³⁵.

c) caráter penal da acusação: critérios identificadores e distinção quanto ao Direito administrativo-sancionador

No que concerne à extensão do caráter “penal” da acusação, o TEDH também adota uma conceituação autônoma, afirmando que o Art. 6º não se aplica

Airport, transportando um container com 331kg de “macorha”, sendo que as autoridades locais (*UK Custom & Excise*) classificaram a aeronave como passível de confisco. Posteriormente, no mesmo dia, as autoridades devolveram a aeronave mediante o pagamento de £50,000. O TEDH acolheu a argumentação do Estado demandado no sentido que a liberação do equipamento mediante o pagamento de uma soma em dinheiro era uma medida excepcional adotada em prol de uma melhoria nos procedimentos de segurança da companhia, pois foi identificada uma longa série de lapsos de segurança pela *Air Canada*, envolvendo a importação ilegal de drogas para o Reino Unido. Não se tratava de um medida *in personam*, mas *in rem*.

32. TEDH, Caso *T v. the United Kingdom*, sentença de 16 de dezembro de 1999; Caso *Stafford v. the United Kingdom*, sentença de 28 de maio de 2002.

33. TEDH, Caso *Meftah and others v. France*, sentença de 26 de julho de 2002, § 40. Caso *Gast and Popp v. Federal Republic of Germany*, sentença de 25 de fevereiro de 2000, §§ 65-66. Aliás, o fato do procedimento ter sido realizado perante uma corte constitucional não basta para removê-lo do âmbito de aplicação do Art. 6º (cf.: Caso *Pammel v. Federal Republic of Germany*, sentença de 1 de julho de 1997, § 53).

34. TEDH, Caso *Phillips v. United Kingdom*, sentença de 12 de dezembro de 2001, § 39.

35. TEDH, Caso *John Murray v. United Kingdom*, sentença de 8 de fevereiro de 1996, §§ 62-63. Neste Caso, todavia, o TEDH entendeu pela ocorrência de violação quando da restrição do direito do acusado de ter acesso a um defensor dentro das primeiras 48 horas de detenção policial, sob a seção 15 da *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1987*, com base na alegação da Polícia que o exercício do direito de acesso poderia, *inter alia*, dificultar a obtenção de informações sobre o cometimento de atos de terrorismo ou tornar mais difícil a prevenção desse tipo de ato.

aos procedimentos estritamente disciplinares. Todavia, a distinção entre acusação administrativa e penal é autônoma em relação à classificação legal nacional, pois, caso contrário, ocorreria a possibilidade das autoridades locais limitarem o alcance das garantias previstas no dispositivo, manejando procedimentos administrativo-disciplinares muito similares às acusações penais³⁶. A definição da natureza do procedimento (se “administrativo-disciplinar” ou “penal”) é determinada pela análise de três critérios (batizados de “*Engel criteria*”)³⁷: a) a classificação da infração na legislação doméstica; b) o alcance *ratione personae* da norma penal e o propósito de sua sanção; e c) a natureza e grau de severidade da pena que pode ser cominada.

Considera-se que o primeiro critério é relativo, servindo apenas como ponto inicial de verificação: se a lei nacional classifica a infração como penal, não há mais o que perquirir, passando a haver incidência imediata da proteção convencional. Caso contrário, o TEDH analisará a realidade substancial da questão apresentada.

Já o segundo critério demanda uma análise mais detalhada, passando pelos seguintes pontos:

a) se uma norma é endereçada exclusivamente para um grupo específico ou se tem caráter obrigatório genérico³⁸;

b) se as normas são instituídas por um corpo público com poderes legais para execução³⁹;

c) se a sanção que integra a norma tem um caráter punitivo ou dissuasório⁴⁰;

36. TEDH, *Caso Engel and others v. Netherlands*, sentença de 08 de junho de 1976, § 81.

37. TEDH, *Caso Engel and others v. Netherlands*, § 85; *Caso Öztürk v. Federal Republic of Germany*, sentença de 21 de fevereiro de 1984, §§ 50-54. Segundo entendimento jurisprudencial majoritário, os dois primeiros critérios são cumulativos e o último é alternativo, utilizado somente quando os dois primeiros critérios não permitem chegar a uma conclusão clara.

38. TEDH, *Caso Bendenoun v. France*, sentença de 24 de fevereiro de 1994, Série A n° 284, § 47).

39. TEDH, *Caso Benham v. United Kingdom*, sentença de 10 de junho de 1996, § 56: “*The second criterion, the nature of the proceedings, carries more weight. In this connection, the Court notes that the law concerning liability to pay the community charge and the procedure upon non-payment was of general application to all citizens, and that the proceedings in question were brought by a public authority under statutory powers of enforcement. In addition, the proceedings had some punitive elements. For example, the magistrates could only exercise their power of committal to prison on a finding of wilful refusal to pay or of culpable neglect*”.

40. TEDH, *Caso Öztürk v. Federal Republic of Germany*, § 53. Naquelas infrações em que a sanção é pecuniária, deve ser indagado se é buscada uma compensação pecuniária pelo dano causado ou se, essencialmente, pretende-se a punição e a dissuasão (TEDH, *Caso Bendenoun v. France*, § 47). No *Caso Ravensborg v. Sweden* (sentença de 21 de fevereiro de 1994), o TEDH distinguiu que as multas impostas foram para declarações do requerente feitas como parte de um processo judicial. Considerou que as medidas adotadas para assegurar a ordem na condução do procedimento pelo Tribunal local mais pareciam sanções disciplinares do que criminais. O Art. 6° foi então considerado não aplicável ao caso.

d) se a imposição de qualquer sanção depende da determinação de culpa⁴¹;

e) como as normas, quando comparáveis, são classificadas pelos demais Estados membros do *Council of Europe*⁴².

No entanto, o TEDH adverte: “*Rules enabling a court to sanction disorderly conduct in proceedings before it are a common feature of legal systems of the Contracting States. Such rules and sanctions derive from the indispensable power of a court to ensure the proper and orderly functioning of its own proceedings. Measures ordered by courts under such rules are more akin to the exercise of disciplinary powers than to the imposition of a punishment for commission of a criminal offence*”⁴³.

Por seu turno, o terceiro critério é determinado pela referência à sanção abstrata máxima prescrita por lei para o caso⁴⁴⁻⁴⁵.

Atente-se que privação de liberdade como sanção geralmente chancela a natureza criminal da norma (e não meramente disciplinar). O TEDH declarou em *Engel and other v. Netherlands* que:

*“in a society subscribing to the rule of law, there belong to the ‘criminal’ sphere deprivation of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental. The seriousness of what is at stake, the traditions of the Contracting States and the importance attached by the Convention to respect for the physical liberty of the person all require that this should be so.”*⁴⁶.

41. TEDH, *Caso Benham v. United Kingdom*, § 56: “*In addition, the proceedings had some punitive elements. For example, the magistrates could only exercise their power of committal to prison on a finding of wilful refusal to pay or of culpable neglect*”.

42. TEDH, *Caso Öztürk v. Federal Republic of Germany*, § 53.

43. TEDH, *Caso Ravnsborg v. Sweden*, sentença de 23 de março de 1994, série A n° 283 B, § 34.

44. TEDH, *Caso Campbell and Fell v. United Kingdom*, sentença de 28 de junho de 1984, série A n° 80, § 72: “*72. It is therefore necessary to turn to the last criterion stated in the above-mentioned Engel and Others judgment (ibid., p. 35, para. 82) and in the above-mentioned Öztürk judgment (Series A no. 73, p. 18, para. 50), namely the nature and degree of severity of the penalty that Mr. Campbell risked incurring. The maximum penalties which could have been imposed on him included forfeiture of all of the remission of sentence available to him at the time of the Board’s award (slightly less than three years), forfeiture of certain privileges for an unlimited time and, for each offence, exclusion from associated work, stoppage of earnings and cellular confinement for a maximum of 56 days; he was in fact awarded a total of 570 days’ loss of remission and subjected to the other penalties mentioned for a total of 91 days (see paragraphs 14 and 28 above).*”; *Caso Demicoli v. Malta*, sentença de 27 de agosto de 1991, série A n° 210, § 34.

45. Alguns casos de aplicação de sanção pecuniária também atraem a incidência do segundo critério. TEDH, *Caso Ravnsborg v. Sweden*, § 35: “*However, in the Court’s view, the possible amount of each fine did not attain a level such as to make it a “criminal” sanction. Unlike ordinary fines, the kind at issue was not to be entered on the police register (see paragraph 22 above). A decision to convert the fines could only be taken by the District Court in limited circumstances (see paragraph 24 above). What is more, it would then have been necessary to summon the applicant to appear before the District Court for an oral hearing in separate proceedings*”.

46. TEDH, *Caso Engel and others v. Netherlands*, § 82.

No caso *Campbell and Fell v. the United Kingdom*⁴⁷, o TEDH afirmou que a perda da remissão de quase três anos deveria ser levada em consideração, haja vista que tinha o efeito de causar a prorrogação da detenção além do ponto em que o detento deveria ser posto em liberdade.

Reitere-se que os critérios devem ser considerados separadamente. No entanto, uma análise cumulativa pode ser adotada sempre que a visão isolada não permitir uma identificação clara sobre a existência de uma acusação⁴⁸.

Por essas razões, o TEDH já fixou, como no Caso *Escoubet v. Belgium*⁴⁹, que a garantia em comento não alcança os casos de medidas imediatas e temporárias de prevenção de natureza administrativa (“*public-safety measures*”).

Nesse eito, medidas adotadas para a prevenção da desordem ou de crimes não atraem a incidência das garantias do Art. 6º da CEDH⁵⁰. Todavia, o TEDH alerta que: “*On the matter of confiscation, it should be noted that Article 6 (art. 6) applies to any action whose subject matter is ‘pecuniary’ in nature and which is founded on an alleged infringement of rights that were likewise of a pecuniary character (see the Editions Périscope v. France judgment of 26 March 1992, Series A no. 234-B, p. 66, para. 40). That was the position in the instant case*”.

Aliás, a Convenção permite que os Estados, no desempenho de sua função de guardião do interesse público, mantenham ou estabeleçam distinções entre o Direito penal e o Direito administrativo-sancionador, e que desenhem sua linha divisória, ficando adstrito a certas condições. No entanto, têm liberdade, por exemplo, para considerar alguns casos mais graves de desordem ou perturbação da Administração da Justiça como infrações penais, o que atrairia a incidência das garantias processuais⁵¹. De forma mais genérica, é possível

47. TEDH, Caso *Campbell and Fell v. United Kingdom*, § 72.

48. TEDH, Caso *Bendenoun v. France*, § 47.

49. TEDH, Caso *Escoubet v. Belgium*, sentença de 28 de outubro de 1999, § 33: “33. As regards the classification in domestic law of the immediate withdrawal of a driving licence, the Court notes that, according to the Court of Cassation, the immediate withdrawal of a driving licence is not a measure imposed under the criminal law, since it is a “preventive measure designed to take a dangerous driver off the roads for a specific period of time” (see paragraph 21 above). The Court also notes that, in his observations lodged with the Commission, the applicant himself stated that the measure was considered under domestic law as a safety measure and not a penalty. He did not retract that assertion in his memorial or his oral submissions to the Court. Classification in domestic law is not, however, decisive for the purposes of the Convention, having regard to the autonomous and substantive meaning to be given to the term “criminal charge” (see, for example, the *Wemhoff v. Germany* judgment of 27 June 1968, Series A no. 7, pp. 26-27, § 19, and the *Demicoli v. Malta* judgment of 27 August 1991, Series A no. 210, pp. 15-16, § 31)”.

50. TEDH, Caso *Raimondo v. Italy*, sentença de 22 de fevereiro de 1994, série A 281-A, § 43.

51. Medidas de disciplina e ordem nos Tribunais locais (*contempt of court*) não são admitidas pelo TEDH como infrações penais, porque são consideradas como exercício do poder disciplinar (TEDH, Caso *Ravnsborg v. Sweden*, § 34; Caso *Putz v. Austria*, sentença de 22 de fevereiro de 1996, §§ 33-37: “Rules enabling a court to sanction disorderly conduct in proceedings before it are a common feature of the legal systems of most of the Contracting States. Such rules and sanctions derive from the inherent

vel afirmar que a CEDH deixa os Estados livres para designarem como infração penal uma ação ou omissão que não constitua o normal exercício de um direito por ela protegido.

Por motivos óbvios, os Estados não podem ter total e irrestrita liberdade para fixarem a natureza das sanções, sob pena de inviabilizar a incidência da garantia:

"If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a 'mixed' offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 would be subordinated to their sovereign Will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention. The court therefore has jurisdiction, under Article 6 and even without reference to Articles 17 and 18, to satisfy itself that the disciplinary does not improperly encroach upon the criminal. In short, the 'autonomy' of the concept of 'criminal' operates, as it were, one way only"⁵².

Conclui-se, portanto, que o conteúdo do que é considerado como *acusação criminal* é definido de forma diferente em cada sistema legal. Para a correta e universal eficácia das garantias processuais do Art. 6º da CEDH, não é possível ficar na exclusiva dependência da definição doméstica de cada Estado. Dois casos contra a Alemanha, nos anos 80, levantaram a questão de saber se o que até então era tido como *infração penal* poderia ser retirado da esfera de proteção do Art. 6º da Convenção pela reclassificação como *infração administrativa*, sob o louvável pretexto de descriminalizar infrações de trânsito⁵³. O TEDH concluiu que algumas destas infrações, em que pesem leves, mantinham as características típicas de infrações penais.

De acordo com o TEDH, são exemplos que configuram *acusação criminal*:

- a) quando uma pessoa é interrogada a primeira vez como suspeita/indiciada⁵⁴;
- b) quando a prisão de uma pessoa pela prática de uma infração penal é decretada⁵⁵;

power of a court to ensure the proper and orderly conduct of its own proceedings. Measures ordered by courts under such rules are more akin to the exercise of disciplinary powers than to the imposition of a punishment for commission of a criminal offence").

52. DOEBBLER, Curtis Francis J. *International human rights law: cases and materials*. Vol. 1. Washington: CD Publishing, 2004, p. 421.

53. TEDH, *Caso Öztürk v. Federal Republic of Germany*; *Caso Lutz v. Federal Republic of Germany*, sentença de 25 de agosto de 1987, série A nº 123, § 55.

54. TEDH, *Caso Hozee v. Netherlands*, sentença de 22 de maio de 1998.

55. TEDH, *Caso Wemhoff v. Federal Republic of Germany*, sentença de 27 de junho de 1968.

c) quando uma pessoa é oficialmente informada de uma perseguição contra ele⁵⁶;

d) quando autoridades investigando crimes financeiros determinam que a pessoa produza provas e bloqueiam suas contas bancárias⁵⁷.

d) situações peculiares (in)comparáveis com o conceito de acusação criminal

Em que pese o critério fixado no Caso *Deweer v. Belgium*, o TEDH não aplicou o mesmo entendimento para os processos de extradição⁵⁸.

Outro ponto enfrentado pelo TEDH diz respeito às infrações disciplinares militares. As sanções privativas de liberdade de longa duração atraem a incidência do Art. 6º da CEDH. De outro lado, a detenção por alguns dias foi considerada de curta duração para transformá-la em infração penal⁵⁹.

Ocorre que, no Caso *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*⁶⁰, a Grande Câmara concluiu que o Art. 6º era aplicável aos procedimentos de prisão disciplinar impostos por autoridade administrativa de forma adicional (*v.g.*, como um diretor de um presídio), desde que no seio de uma questão criminal.

Outrossim, a norma em comento é aplicável aos procedimentos e processos perante Cortes Militares⁶¹.

Curiosamente, quando da análise de infração ético disciplinar (profissional), o TEDH deixou a questão em aberto, considerando desnecessário regular a matéria sob o prisma criminal⁶².

56. TEDH, Caso *Neumeister v. Austria*, sentença de 27 de junho de 1986.

57. TEDH, Caso *Funke v. France*, sentença de 25 de fevereiro de 1993.

58. TEDH, Caso *Salgado v. Spain*, sentença de 16 de abril de 2002; Caso *Mamtikulov and Askarov v. Turkey*, sentença de 4 de fevereiro de 2005.

59. TEDH, Caso *Engel and others v. Netherlands*, § 85. Posição similar foi adotada pelo TEDH no Caso *Lauko v. Slovakia* para situações onde as infrações que foram consideradas de natureza criminal, foram reclassificadas pelo Estado como "administrativas" na lei nacional (TEDH, Caso *Lauko v. Slovakia*, sentença de 2 de setembro de 1998).

60. TEDH, Caso *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*, sentença de 9 de outubro de 2003, §§ 120-129.

61. TEDH, Caso *Findlay v. United Kingdom*, sentença de 25 de fevereiro de 1997, § 69: "69. In the view of the Court, Article 6 para. 1 (art. 6-1) is clearly applicable to the court-martial proceedings, since they involved the determination of Mr Findlay's sentence following his plea of guilty to criminal charges; indeed, this point was not disputed before it (see the *Engel and Others v. the Netherlands* judgment of 18 June 1976, Series A no. 22, pp. 33-36, paras. 80-85, and the *Eckle v. Germany* judgment of 15 July 1982, Series A no. 51, pp. 34-35, paras. 76-77)".

62. TEDH, Caso *Albert and Le Compte v. Belgium*, sentença de 10 de fevereiro de 1983, série A nº 58, § 30: "For its part, the Court does not believe that the two aspects, civil and criminal, of Article 6 para. 1 (art. 6-1) are necessarily mutually exclusive (see the above-mentioned *Engel and others* judgment,

Quanto às sanções de natureza eleitoral (questões políticas), como a pena de inelegibilidade e a obrigação de pagar multa por abusos eleitorais, não estão compreendidas pela esfera criminal do Art. 6º da CEDH⁶³. De igual sorte, os processos relativos à proibição de partidos políticos concernem a direitos políticos, fugindo do âmbito de incidência da garantia aqui debatida⁶⁴.

O Art. 6º da CEDH também foi afastado em casos de Comissões Parlamentares de Inquérito, desde que estes órgãos investiguem problemas gerais e de interesse público⁶⁵. No entanto, como será abordado mais adiante, no Caso *Barreto Leiva v. Venezuela* (sentença de 17 de novembro de 2009, do TIADH), a

Series A no. 22, pp. 36-37, para. 87; the above-mentioned König judgment, Series A no. 27, pp. 32-33, para. 96; and the above-mentioned Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment, Series A no. 43, pp. 23-24, paras. 52-53). Nonetheless, the Court does not consider it necessary to decide whether, in the specific circumstances, there was a "criminal charge". In point of fact, paragraph 1 of Article 6 (art. 6-1), violation of which was alleged by the two applicants, applies in civil matters as well as in the criminal sphere (see the above-mentioned Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment, Series A no. 43, pp. 23-24, para. 53). Dr. Albert relied in addition on paragraph 2 and on sub-paragraphs (a), (b) and (d) of paragraph 3 (art. 6-2, art. 6-3-a, art. 6-3-b, art. 6-3-d), but, in the opinion of the Court, the principles enshrined therein are, for the present purposes, already contained in the notion of a fair trial as embodied in paragraph 1 (art. 6-1); the Court will therefore take these principles into account in the context of paragraph 1 (art. 6-1) (see paragraphs 38-42 below)".

63. TEDH, Caso *Pierre-Bloch v. France*, sentença de 21 de outubro de 1997, §§ 53-60: "The purpose of that penalty is to compel candidates to respect the maximum limit. The penalty is thus directly one of the measures designed to ensure the proper conduct of parliamentary elections, so that, by virtue of its purpose, it lies outside the "criminal" sphere. Admittedly, as the applicant pointed out, disqualification from standing for election is also one of the forms of deprivation of civic rights provided in French criminal law. Nevertheless, in that instance the penalty is "ancillary" or "additional" to certain penalties imposed by the criminal courts (see paragraph 39 above); its criminal nature derives in that instance from the "principal" penalty to which it attaches (...). The obligation to pay relates to the amount by which the Constitutional Council has found the ceiling to have been exceeded. This would appear to show that it is in the nature of a payment to the community of the sum of which the candidate in question improperly took advantage to seek the votes of his fellow citizens and that it too forms part of the measures designed to ensure the proper conduct of parliamentary elections and, in particular, equality of the candidates. Furthermore, apart from the fact that the amount payable is neither determined according to a fixed scale nor set in advance, several features differentiate this obligation to pay from criminal fines in the strict sense: no entry is made in the criminal record, the rule that consecutive sentences are not imposed in respect of multiple offences does not apply, and imprisonment is not available to sanction failure to pay. In view of its nature, the obligation to pay the Treasury a sum equal to the amount of the excess cannot be construed as a fine".
64. TEDH, Caso *Refah Partisi (the Welfare Party) and others v. Turkey*, sentença de 03 de outubro de 2000.
65. TEDH, Caso *Giovanni Montera v. Italy*, sentença de 09 de julho de 2002: "La Cour rappelle qu'il est possible qu'une personne soit «accusée» au sens de l'article 6 de la Convention, alors même que le droit interne ne prévoit aucune accusation formelle (voir l'arrêt *Deuweer c. Belgique* du 27 février 1980, série A n° 35, p. 23, § 44, et P. c. Autriche, n° 17072/90, décision de la Commission du 29 juin 1992, Décisions et rapports (DR) 73, pp. 186, 192). En l'espèce toutefois, le rôle de la commission parlementaire se bornait à examiner le phénomène mafieux dans le but de l'étudier et de vérifier tant l'exécution des lois existantes, tant la nécessité de procéder à des modifications législatives. Dans ce type de questions d'intérêt général et véritablement public, rien n'indique que les travaux de la commission parlementaire aient constitué une quelconque forme déguisée de procédure pénale. La commission parlementaire ne

inquirição de suspeitos como testemunhas, na tentativa de subtrair o rol de garantias inerentes àquele *status*, atrai imediatamente as regras de proteção das Convenções Internacionais.

3 - DIMENSÃO DA GARANTIA

Os parâmetros básicos correlatos ao direito à comunicação da acusação foram enunciados no Caso *Brozicek v. Italy*⁶⁶. A informação dada ao acusado – que deve ser imediata e inteligível – deve abranger tanto os fatos imputados quanto a qualificação jurídica⁶⁷. Essa notificação é importante para preparar a defesa do acusado. As informações relevantes devem ser dadas numa língua que o acusado entenda.

Note-se que no Caso *Kamasinski v. Austria*⁶⁸, onde o acusado também era um estrangeiro que não entendia a língua do país, explicações orais sobre o conteúdo e a importância das acusações foram consideradas suficientes. Por “informação” entende-se uma comunicação dada de modo formal, não sendo considerado suficiente um conhecimento não oficial da acusação⁶⁹.

O direito de ser informado representa ao acusado o *prius* logicamente necessário para que ele possa exercer o direito de se defender, com desdobramentos projetados no direito à prova.

s'étant pas prononcée sur la responsabilité pénale, disciplinaire ou administrative du requérant, il n'existait pas d'infraction dont il aurait fallu examiner la nature". Cumpre assinalar, como destacado neste trecho do julgado, que a Comissão Parlamentar tinha por escopo o exame da máfia, para avaliar a efetividade das leis existentes e a necessidade de alteração legislativa, não havendo qualquer indicação de que o trabalho da Comissão fosse uma forma disfarçada de procedimento criminal.

66. TEDH, Caso *Brozicek v. Italy*, sentença de 19 de dezembro de 1989. No Caso *Brozicek*, o requerente não era nacional italiano e não residia na Itália. Uma carta em italiano foi enviada a ele do gabinete da Promotoria de Justiça. O requerente respondeu em alemão, informando que não havia entendido a carta recebida e pedindo que a informação fosse prestada em alemão. Ele não recebeu respostas das autoridades italianas. Posteriormente, ele mudou de endereço e foi declarado não localizável. Não havia evidência que as autoridades italianas tivessem estabelecido que ele de fato sabia italiano suficientemente.

67. TEDH, Caso *Pélissier and Sassi v. France*, sentença de 25 de março de 1999, § 52: “51. *The Court observes that the provisions of paragraph 3 (a) of Article 6 point to the need for special attention to be paid to the notification of the “accusation” to the defendant. Particulars of the offence play a crucial role in the criminal process, in that it is from the moment of their service that the suspect is formally put on notice of the factual and legal basis of the charges against him (see the Kamasinski v. Austria judgment of 19 December 1989, Series A no. 168, pp. 36-37, § 79). Article 6 § 3 (a) of the Convention affords the defendant the right to be informed not only of the cause of the accusation, that is to say the acts he is alleged to have committed and on which the accusation is based, but also the legal characterisation given to those acts. That information should, as the Commission rightly stated, be detailed”.*

68. TEDH, Caso *Kamasinski v. Austria*, sentença de 19 de dezembro de 1989, §§ 78-81.

69. TEDH, Caso *T. v. Italy*, sentença de 12 de outubro de 1992.

À primeira vista, parece que a preocupação de uma comunicação tempestiva ficaria restrita à primeira informação ao acusado. Todavia, na verdade, a mesma exigência vale também para as eventuais modificações posteriores da acusação (a superveniência de alteração na acusação também deve ser imediatamente comunicada ao imputado). É essencial que a infração pela qual uma pessoa é condenada seja aquela pela qual foi acusada/processada.

A Corte Europeia interpreta a norma não somente no sentido de garantir o direito do imputado de conhecer correta e completamente a acusação, mas também no sentido de assegurar ao imputado a informação da natureza e dos motivos da acusação agitada contra ele. A denominada "natureza" da acusação corresponde à qualificação jurídica conferida ao fato criminoso no ato formal que é comunicado ao acusado, enquanto os "motivos" da acusação explicam os fatos materiais contra o acusado que são a origem de sua responsabilização⁷⁰.

No entanto, no Caso *De Salvador Torres v. Spain*⁷¹, o requerente indicou que o Tribunal local valeu-se de uma circunstância agravante não mencionada na acusação para majorar sua pena. Ocorre que o TEDH não constatou a violação alegada, argumentando que a circunstância consistia em elemento intrínseco à acusação deflagrada contra o requerente e conhecida por ele desde o início do procedimento.

O direito à informação aplica-se a todos os casos de acusação penal, mesmo de pessoas que não se encontrem detidas, e o termo "prontamente" exige que a informação seja fornecida da maneira descrita logo que a acusação seja formulada pela autoridade competente. Esse direito nascerá sempre que, no decurso de um inquérito, um tribunal ou autoridade de acusação decida tomar medidas processuais contra uma pessoa suspeita de um crime ou publi-

70. Foi considerada contrária aos princípios da Convenção a modificação da qualificação jurídica que implique em conduta criminosa diversa e um diferente elemento psicológico realizada pelo Tribunal local no recurso contra a sentença, sem que fosse providenciada a mudança da imputação. Cf. TEDH, Caso *Pélissier and Sassi v. France*, sentença de 25 de março de 1999, § 56.

71. TEDH, Caso *De Salvador Torres v. Spain*, sentença de 24 de outubro de 1996, §§ 27-31: "33. In sum, as expressed by the Constitutional Court in its decision of 20 July 1992 (see paragraph 13 above), the public nature of the applicant's position was an element intrinsic to the original accusation of embezzlement of public funds and hence known to the applicant from the very outset of the proceedings. He must accordingly be considered to have been aware of the possibility that the courts - that is, the Audiencia Provincial and the Supreme Court - would find that this underlying factual element could, in the less severe context of simple embezzlement, constitute an aggravating circumstance for the purpose of determining the sentence". No entanto, a Comissão, no seu juízo de admissibilidade, encontrou uma violação no Caso *Chichlian and Ekindjian v. France*, onde a acusação foi reclassificada num sentido substancial. Cf. TEDH, Caso *Chichlian and Ekindjian v. France*, Report of the Commission, de 16 de março de 1989. Note-se que, em razão de acordo pecuniário firmado entre o requerente e o Estado demandado, o TEDH não enfrentou a questão de fundo da demanda.

camente a designe como tal⁷². Mas, remarque-se a exigência de pronta informação aplica-se apenas quando o indivíduo é formalmente acusado de uma infração penal, ainda que na fase anterior à ação penal, é dizer, o simples início de uma investigação, sem suspeito definido, não gera a obrigação para a autoridade sindicante de informar os noticiados sobre a existência da investigação e o seu conteúdo (o que, aliás, seria contraproducente e abalaria a eficácia da inquisição).

Apenas a título de ilustração, pode ser invocado o *diritto all'informazione* na legislação italiana. A nova redação do art. 111, § 3º, da Constituição, dispõe que: "*Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico*".

a) a ideia de prazo razoável para a comunicação

Aliás, outra marca da garantia da comunicação prévia da acusação é a necessidade de controle do prazo razoável de informação e concessão de tempo para a reação defensiva.

Sem ambages, o Art. 8º.2.b. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos restou violado no caso *Castillo Petruzzi et al v. Peru*, em que os imputados não foram notificados com suficiente antecedência, e em detalhe, das acusações apresentadas contra eles. Na verdade, a pronúncia apenas foi apresentada em 2 de janeiro de 1994 e os advogados só puderam consultar o processo em 6 de janeiro, durante muito pouco tempo, tendo a sentença sido proferida no dia seguinte⁷³.

Ao abrigo do disposto no Art. 6º.3.a. da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o TEDH considerou ser suficiente, para respeitar as exigências desta norma, que aos queixosos tivesse sido entregue uma "folha acusatória", respectivamente dez horas e uma hora e um quarto após a detenção. Referidas *charge-sheets* continham informação acerca da acusação ("ruptura da paz"), bem como a data e o local da prática da infração⁷⁴.

72. Cumpre observar, todavia, que medidas restritivas são admitidas pelas Cortes Internacionais, retardando a comunicação, desde que seja observada a garantia antes do julgamento. Cf. TEDH, *Caso Öcalan v. Turkey*, sentença de 12 de maio de 2005, § 140: "...The Court further considers that respect for the rights of the defence requires that limitations on access by an accused or his lawyer to the court file must not prevent the evidence being made available to the accused before the trial and the accused being given an opportunity to comment on it through his lawyer in oral submissions (see, *mutatis mutandis*, *Kremzow*, cited above, p. 44, § 63)".

73. TIADH, *Caso Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, sentença de 30 de maio de 1999, série C n° 52, §§ 141-142.

74. TEDH, *Caso Steel and others v. United Kingdom*, sentença de 23 de setembro de 1998, §§ 84-87: "87. The Court, like the Commission, considers that the details contained in the charge-sheets given to the first and second applicants (see paragraphs 10 and 16 above) were sufficient to comply with this Article (see the *Brozicek v. Italy* judgment of 19 December 1989, Series A no. 167, pp. 18-19, § 42)".

4 - DELINEAMENTO JURISPRUDENCIAL DA GARANTIA À COMUNICAÇÃO PRÉVIA DA ACUSAÇÃO

Recentemente, no Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*⁷⁵, o TIADH estabeleceu os parâmetros da garantia da comunicação prévia e pormenorizada da acusação, nos termos do Art. 8º.2.b. da Convenção Americana.

Nesse caso, o requerente alegava ter sido convidado a prestar declarações, em três oportunidades distintas, em fase administrativa, antes de que fosse decretada sua prisão, sendo certo que em duas destas ocasiões, não se havia especificado a qualidade na qual o Senhor Barreto Leiva era chamado.

Conforme assentado pelo TIADH, para atender ao Art. 8º.2.b da Convenção Americana, o Estado deve informar ao interessado não somente a causa de sua acusação, isto é, as ações ou omissões que se lhe imputam, mas também as razões que levam o Estado a formular a imputação, os fundamentos probatórios desta e a caracterização legal que se dá a estes fatos. Toda esta comunicação deve ser expressa, clara, integral e suficientemente detalhada para permitir ao acusado que exerça plenamente seu direito de defesa e mostre ao juiz sua versão dos fatos. O TIADH tem considerado que a pontual observância do Art. 8º.2.b é essencial para o exercício efetivo do direito de defesa⁷⁶.

O direito de defesa deve necessariamente poder ser exercido desde quando apontada uma pessoa como possível autora ou partícipe de um fato punível e somente termina quando finaliza o processo⁷⁷, incluindo-se, neste caso, a etapa de execução da pena. Sustentar o contrário implicaria em limitação às garantias convencionais que protegem o direito de defesa, dentre elas o Art. 8º.2.b., deixando aberta a possibilidade de que, com anterioridade, afete-se uma parcela dos seus direitos através de atos de autoridade desconhecida ou aos quais não pode oferecer controle ou opor-se com eficácia, o que é evidentemente contrário à Convenção. O direito à defesa obriga o Estado a tratar o indivíduo a todo momento como um verdadeiro sujeito do processo, no mais amplo sentido deste conceito, e não simplesmente como objeto do mesmo.

Por tudo isto, o Art. 8º.2.b. da Convenção Americana tem incidência antes que se formule uma acusação em sentido estrito. Para que o mencionado dis-

75. TIADH, Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, sentença de 17 de novembro de 2009.

76. Cf. TIADH, Caso *López Álvarez v. Honduras*, sentença de 1 de fevereiro de 2006, série C nº 141, § 149; Caso *Palamara Iribarne v. Chile*, sentença de 22 de novembro de 2005, série C nº 135, § 225; Caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, sentença de 24 de junho de 2005, série C nº 129, § 118; Caso *Tibi v. Ecuador*, sentença de 7 de setembro de 2004, série C nº 114, § 187.

77. Ver, *mutatis mutandis*, TIADH, Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, sentença de 12 de novembro de 1997, série C nº 35, § 71; Caso *Bayarri v. Argentina*, sentença de 30 de outubro de 2008, série C nº 187, § 105; Caso *Heliodoro Portugal v. Panamá*, sentença de 12 de agosto de 2008, série C nº. 186, § 148.

positivo satisfaça os fins que lhe são inerentes, é necessário que a notificação ocorra previamente ao primeiro interrogatório ou préstimo de declarações do investigado, perante qualquer autoridade pública⁷⁸.

De acordo com o TIADH, o conteúdo da notificação irá variar de acordo com o avanço das investigações, chegando ao seu ponto máximo quando se produz a apresentação formal e definitiva da acusação⁷⁹. Antes disso, pelo menos, o investigado deverá conhecer com o maior detalhe possível os fatos que lhe são atribuídos (desde que isso não signifique prejuízo imediato à apuração realizada)⁸⁰.

No Caso *Barreto Leiva v. Venezuela* se discute a qualidade que o requerente teria no momento em que prestou suas três declarações perante autoridade judiciais antes de ser submetido à prisão preventiva. Da prova aportada se depreende que em 26 de janeiro de 1993, o Senhor Barreto Leiva prestou declarações perante a Comissão Permanente da Controladoria da Câmara de Deputados do Congresso da República. A inquirição dos Deputados foi dirigida à obtenção de informação sobre as irregularidades no manejo de fundos públicos. Quanto a esta situação, a Comissão e o requerente não afirmaram que a suposta vítima tivesse comparecido em qualidade distinta à de testemunha. Posteriormente, em 04 de fevereiro de 1993, o TSSPP decidiu por ouvir a “declaração informativa” do Senhor Barreto Leiva, e, neste mesmo dia, emitiu uma nota de citação para este. Neste documento não se indicou a qualidade na qual a suposta vítima era chamada a declarar.

Já no dia 10 de fevereiro de 1993, o Senhor Barreto Leiva prestou declarações perante o TSSPP. Não sendo tomado seu compromisso e informado do preceito constitucional que garantia a não declaração contra si mesmo ou seus parentes. Não consta que tenha prestado suas declarações na qualidade de testemunha ou de investigado.

A legislação interna da Venezuela qualifica como *declaração informativa* ou como *declaração indagatória* a que é prestada pelo investigado. Assim, o Art. 75.d) do Código de Processo Penal venezuelano vigente à época⁸¹, indicava

78. Cf. TIADH, Caso *Tibi v. Ecuador*, § 187; Caso *Palamara Iribarne v. Chile*, § 225; Caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, § 118.

79. Neste sentido: SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Op. cit.*, p. 105/106.

80. Observando garantia correlata na Constituição norte-americana, RAMOS destaca: “Na 6ª emenda encontra-se ainda o dispositivo de que ‘em todas as persecuções criminais, o acusado terá direito (...) de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação’ (...) Esse princípio da informação (information clause) pode ser encarado restritivamente, e só determinar o dever das autoridades de revelar a natureza jurídica da acusação e sua causa imediata, como, por exemplo, as provas de autoria e de materialidade e o nome das testemunhas” (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 146).

81. *Ley de Enjuiciamiento Criminal de Venezuela*, *Gaceta Oficial* nº 748 extraordinario de 3 de fevereiro de 1962.

que “[l]a Policía Judicial, en la consecución de elementos probatorios, practicará las siguientes actuaciones: a) Tomar declaración informativa a los sindicados, con las formalidades establecidas en el artículo 193”. Por seu turno, o Art. 192 dispunha que “[d]entro de los días siguientes a la detención del indiciado o de la notificación hecha al sometido a juicio de la orden de comparecencia, más el término de la distancia, el Tribunal Instructor les tomará declaración indagatoria de conformidad con las disposiciones del presente Capítulo”.

Da mesma forma, se constata que o Art. 193 indicava que:

“... siempre que hubiera de oírse al reo, en persona, se le impondrá del hecho punible que se inquiera y se le leerá el precepto de la Constitución que garantiza al enjuiciado “no ser obligado a prestar juramento ni a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

Considerando esta base normativa, o TIADH qualificou como razoável o argumento da Comissão que sustenta que se o Senhor Barreto Leiva tivesse comparecido como testemunha, teria sido submetido ao compromisso que por lei se deve exigir de todas as testemunhas⁸², e que o direito de ser informado da garantia de não se auto-incriminar é uma amostra que, na realidade, estava sendo investigado. Ademais, se constata que as advertências que fizeram ao Senhor Barreto Leiva são similares às feitas a outras pessoas investigadas no mesmo caso - e que posteriormente foram condenadas - e muito distintas das que foram feitas a quem claramente atuou como testemunha.

Reitere-se que é admissível que em certos casos exista reserva de diligências realizadas durante a investigação preliminar do processo penal, para garantir a eficácia da Administração da Justiça. Assiste ao Estado o poder de construir um expediente em busca da verdade dos fatos, adotando as medidas necessárias para impedir que este trabalho se veja afetado pela destruição ou ocultação de provas⁸³. Sem embargos, este poder deve harmonizar-se com o direito de defesa do investigado, que supõe, *inter alia*, a possibilidade de conhecer os fatos que se lhe imputam.

O TIADH destacou, ainda, que o fato do acusado conhecer pelos meios de comunicação ou por sua declaração prévia perante algum órgão o tema da investigação que estava sendo realizada, não eximia o Estado de cumprir com o disposto no Art. 8º.2.b. da Convenção Americana. O investigado, antes de declarar, tem que conhecer de maneira oficial quais são os fatos que se lhe imputam, não somente deduzi-los da informação pública ou das perguntas que lhe são formuladas. Desta forma, sua resposta poderá ser efetiva e sem a margem de erro que as conjecturas produzem; será garantido o princípio da

82. Art. 169 do CPP venezuelano.

83. TIADH, Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, § 45.

congruência, segundo o qual deve haver identidade entre os fatos informados ao investigado e aqueles pelos quais ele é processado, acusado e sentenciado⁸⁴.

5 - NECESSIDADE DE LOCALIZAÇÃO DO IMPUTADO

Como toda garantia, a comunicação prévia da acusação não surge como preceito absoluto e inafastável, estando limitado, dentre outros, pela necessidade/possibilidade de localização do imputado.

De fato, cumpre ao Estado-persecutor envidar esforços no sentido da localização do imputado para dar ciência dos termos da persecução penal. No entanto, esta atividade estatal também é regida pela razoabilidade, cumprindo às instâncias de persecução e à judicial a busca dos meios disponíveis de localização do imputado, com investigação adequada sobre o seu paradeiro⁸⁵, incluindo a necessidade de verificar se o imputado faz parte do efetivo carcerário estatal, porque *"justice cannot stop at the prison gate"*⁸⁶.

Some-se a isso que o conhecimento informal da acusação pelo imputado, como já demonstrado, não supre a necessidade de sua comunicação e não atende à exigência feita pelas Convenções Internacionais.

No entanto, evidenciado que o imputado colocou-se em local desconhecido ou inacessível deliberadamente, equivale tal situação à renúncia ao direito de ser informado, desonerando o Estado de tal mister.

6 - PROCESSO NA AUSÊNCIA DO IMPUTADO

Os processos à revelia do imputado colocam problemas particulares. As atuações estatais na ausência do imputado não são completamente vedadas pelas Cortes Internacionais, considerando-se que são, em algumas circunstâncias (*v.g.*, quando há renúncia pelo imputado ao direito a estar presente) admissíveis no interesse de uma adequada administração da Justiça.

"This provision and other requirements of due process enshrined in article 14 cannot be construed as invariably rendering proceedings in absentia inadmissible irrespective of the reasons for the accused person's absence. Indeed, proceedings in absentia are in some circumstances (for instance, when the accused person, although informed of the proceedings sufficiently in advance,

84. Cf. TIADH, Caso *Fermín Ramírez v. Guatemala*, sentença de 20 de junho de 2005, série C n° 126, §§ 67 e 68. Caso *Barreto Leiva v. Venezuela*, § 47.

85. Cf. TEDH, Caso *T. v. Italy*, sentença de 12 de outubro de 1992.

86. TEDH, Caso *Campbell and Fell v. United Kingdom*, § 69.

declines to exercise his right to be present) permissible in the interest of the proper administration of justice. Nevertheless, the effective exercise of the rights under article 14 presupposes that the necessary steps should be taken to inform the accused beforehand about the proceedings against him (art. 14 (3) (a)). Judgement in absentia requires that, notwithstanding the absence of the accused, all due notification has been made to inform him of the date and place of his trial and to request his attendance. Otherwise, the accused, in particular, is not given adequate time and facilities for the preparation of his defence (art. 14 (3) (b)), cannot defend himself through legal assistance of his own choosing (art. 14 (3) (d)) nor does he have the opportunity to examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf (art. 14 (3) (e))”⁸⁷.

No Caso *Colozza v. Italy*⁸⁸, o TEDH afirmou que o objeto e o escopo da garantia é permitir que toda pessoa acusada de uma infração possa defender-se e produzir provas. Acresceu, contudo, que não estava dentre suas competências determinar quando e em quais condições um imputado poderia renunciar ao exercício de estar presente ao processo (sublinhando, apenas, que tal renúncia deveria ser expressa e inequívoca).

Frise-se que o imputado revel deve ter os mesmos direitos de um acusado presente, porém, a Justiça criminal não pode ficar pendência da exclusiva vontade do imputado, sob pena da dispersão de provas, da incidência dos efeitos da prescrição ou da duração razoável da persecução, ou denegação de justiça.

7 - ACUSAÇÃO EM LÍNGUA COMPREENSÍVEL

O aspecto linguístico merece destaque, porque a comunicação da acusação deve ser feita em língua compreensível, ato essencial para sua correta compreensão e para o exercício do direito de defesa, com reflexos no direito à prova.

A informação sobre a acusação deve ser numa língua compreendida pelo acusado. No Caso *Brozicek v. Italy*⁸⁹, o acusado era alemão e expressou claramente sua dificuldade com a língua do Tribunal doméstico. O TEDH fixou que as autoridades italianas deveriam ter entregue uma notificação traduzida (na língua materna do imputado ou em uma das línguas oficiais da ONU), a menos que estivessem em posição de estabelecer que o acusado conhecia italiano adequadamente, o que não era o caso.

87. TEDH, Caso *Mbenge v. Zaire*, Comunicação nº 16/1977, decisão de 25 de março de 1983.

88. TEDH, Caso *Colozza v. Italy*, sentença de 12 de fevereiro de 1985, §§ 28-32.

89. TEDH, Caso *Brozicek v. Italy*, sentença de 19 de dezembro de 1989.

Gize-se que, para exigir a tradução em língua diversa daquela no qual o processo se desenvolve não é suficiente a qualidade de estrangeiro, devendo ser verificada a impossibilidade do imputado de compreender o idioma utilizado.

8 - LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A legislação brasileira parece atender à exigência de comunicação prévia imposta pela garantia em comento, quando se trata de exercício da imputação penal em sentido estrito.

Assim, o Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/41), com as alterações regidas pela Lei nº 11.719/2008, nos seus arts. 396/399, estabelece um sistema de comunicação prévia da acusação antes do juízo de admissibilidade da imputação penal⁹⁰. A mesma estrutura já era adotada

90. Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir 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. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

IV - extinta a punibilidade do agente. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

(...)

Art. 399. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

pela Lei nº 9.099/95⁹¹, bem como pela Lei nº 8.038/90⁹².

O Código de Processo Penal dá realidade ainda à garantia quando trata da prisão em flagrante do imputado, no seu art. 306, § 2º, com a redação conferida pela Lei nº 11.449/07⁹³, o que de certa forma já é depreendido do art. 5º, incisos LXIII e LXIV, da CRFB.

91. Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

§ 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

§ 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.

§ 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta Lei.

Art. 78. Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados.

§ 1º Se o acusado não estiver presente, será citado na forma dos arts. 66 e 68 desta Lei e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo cinco dias antes de sua realização.

§ 2º Não estando presentes o ofendido e o responsável civil, serão intimados nos termos do art. 67 desta Lei para comparecerem à audiência de instrução e julgamento.

§ 3º As testemunhas arroladas serão intimadas na forma prevista no art. 67 desta Lei.

Art. 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.

Art. 80. Nenhum ato será adiado, determinando o Juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer.

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

§ 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.

§ 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.

92. Art. 4º - Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias.

§ 1º - Com a notificação, serão entregues ao acusado cópia da denúncia ou da queixa, do despacho do relator e dos documentos por este indicados.

§ 2º - Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se este criar dificuldades para que o oficial cumpra a diligência, proceder-se-á a sua notificação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para que compareça ao Tribunal, em cinco dias, onde terá visto dos autos pelo prazo de quinze dias, a fim de apresentar a resposta prevista neste artigo.

93. Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 11.449, de 2007).

A questão que fica a descoberto na legislação brasileira, infelizmente, é exatamente aquela mais rotineira na fase pré-processual: a situação do investigado solto.

Em que pese a insistência da doutrina nacional em argumentar com o *auto de qualificação*, por vezes constante no inquérito policial, ou mesmo com o *indiciamento propriamente dito*, o certo é que não existe uma fase ou ato próprio de definição, no ordenamento pátrio, que indique com precisão o momento em que determinado sujeito ganha o *status* de indiciado, ainda que o legislador se refira a esta figura em várias passagens do Código de Processo Penal⁹⁴.

Isto, além de dificultar a identificação da situação jurídica da pessoa investigada, acaba por subtrair eficácia da garantia da comunicação prévia da acusação. Relembrando, por mais um turno, que a *acusação* é conceito inerente a qualquer fase da persecução penal, a resistência brasileira à definição de um momento ou ato próprio para o indiciamento (vale dizer, para indicar alguém como provável autor ou partícipe de uma infração penal apurada) acaba por negar ou tolher o direito à informação prévia (com repercussões direta no direito à defesa e no direito à prova do investigado), não sendo raros os casos em que o acusado só toma conhecimento sobre a existência da imputação, quando esta é formalmente deduzida em juízo.

9 - CONCLUSÃO

As Cortes Internacionais reconhecem a existência da obrigação do Estado de garantir, na maior medida possível, o êxito das investigações e a imposição de sanções aos culpados, no entanto, como é usual, fixa que este poder não é ilimitado. É preciso que o Estado atue dentro de limites e conforme os procedimentos que permitem preservar tanto a segurança pública como os direitos fundamentais da pessoa humana⁹⁵.

§ 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 11.449, de 2007).

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas. (Incluído pela Lei nº 11.449, de 2007).

94. Neste sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 56.

95. Cf. TIADH, *Caso Bulacio v. Argentina*, sentença de 18 de setembro de 2003, série C nº 100, § 124; *Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, sentença de 7 de junho de 2003, série C nº 99, § 86; *Caso Barreto Leiva v. Venezuela*, § 53.

Um desses direitos é o de ser informado previamente da acusação realizada, que obriga o Estado a comunicar, de forma completa e compreensível, a acusação e natureza da causa, qualquer que seja a fase na qual ela seja formulada.

A acusação pode ser enfrentada e refutada pelo imputado através de seus próprios atos, dentre eles a declaração que preste sobre os fatos que se lhe atribuem, e por meio da defesa técnica, exercida por um profissional do Direito, que assessora o imputado sobre seus direitos e deveres e executa, *inter alia*, um controle crítico e de legalidade sobre a produção da prova.

Se o direito de defesa surge desde o momento em que se ordena investigar uma pessoa, o investigado deve ter acesso à defesa técnica desde este mesmo momento, sobretudo na atividade em que presta suas declarações⁹⁶. Impedir a este contar com a assistência de seu defensor é limitar severamente o direito de defesa, o que ocasiona desequilíbrio processual e deixa o indivíduo sem tutela frente ao exercício do poder punitivo.

Para viabilizar tais premissas, necessário se faz o acolhimento de um conceito amplo de *acusação*, que abranja todas as fases da persecução penal, pois, como já restou alinhavado, a “*acusação se dá sempre que alguém – em qualquer tipo de relação, formal ou informal –, aponta outrem como autor de conduta, considerada reprovável, buscando sua responsabilização pela falta*”⁹⁷.

Se o Estado pretende limitar este direito (como no caso dos processos à revelia do imputado ou naqueles que demandam sigilo para o êxito da persecução desenvolvida), deve respeitar o princípio da legalidade, arguindo de maneira fundada qual é o fim legítimo que pretende conseguir e demonstrar que o meio utilizado para chegar a esse fim é idôneo, necessário e estritamente proporcional. Caso contrário, a restrição do direito de defesa do indivíduo será contrária às Convenções Internacionais.

E, para tanto, a doutrina e os Tribunais internacionais conferem as linhas mestras que devem ser seguidas pelas instâncias persecutórias (e garantidas pela autoridade judiciária) para o correto exercício da acusação penal. Buscou-se, pois, colacionar tais balizas orientadoras, na tentativa de outorgar ao leitor os elementos necessários para a efetividade da garantia.

Por derradeiro, forçoso reconhecer a sempre certa lição de FERNANDO PESSOA: é tempo de travessia. É preciso abandonar as roupas usadas, que já

96. Neste sentido: SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Op. cit.*, p. 113: “O direito de ter ciência da imputação é pressuposto necessário do direito à reação. Não há como reagir sem conhecer. Normalmente, o imputado só passa a ter ciência da investigação quando é interrogado a respeito do crime ou é, contra ele ou contra coisa de sua propriedade ou de seu interesse, determinada alguma medida de caráter restritivo”.

97. POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Op. cit.*, p. 56.

tem a forma do corpo, e esquecer os caminhos já trilhados, que sempre levam aos mesmos lugares. A evolução dos institutos e das práticas é o salutar *novo caminho* exigido para o aperfeiçoamento do processo penal.

The "sex change" and their juridical implications
about notes

Yamison Garcia*

Resumo: Após a realização de cirurgias transexuantes e outras cirurgias plásticas, surgindo uma situação de ruptura entre o sexo psicológico e o biológico, surge a necessidade da alteração dos registros de identificação. Nesse contexto, surge a possibilidade de a Poder Público ser compelido a fornecer a "mudança de sexo" produzida no âmbito das cirurgias plásticas. A análise crítica dessa possibilidade, tendo como ponto de partida a preservação da dignidade e pessoa humana, é o objetivo desse breve estudo.

Abstract: After the realization of sex reassignment or plastic surgery, generating a situation of rupture between the psychological sex and the biological sex, it follows the recognition of the necessity of the transsexualization surgeries, that has resulted in many debates around the possibility of the Public Power to be compelled to financing them, and of the effects that the "sex change" will produce in the national identity and registration. The analysis of these circumstances, starting as to follow the principle of the human dignity, is the objective of this short note.

Palavras-chave: dignidade humana; mudança de sexo; transsexualização

Keywords: human dignity; sex change; transsexualization

* Mestre em Ciências Jurídicas do Estado de Rio de Janeiro, Pós-Graduação Jurídica de Pós-graduação Geral de Justiça (2007-2009), ex-coordenador de Assessoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente, Polícias (COPRAMP), Procuradoria e Ministério Público, ex-Catedra de Direito Penal, pela Universidade de Lausanne, Especialista em Educação Law and Policy pela UNICAMP, Acadêmico de Direito Law and Policy, ex-coordenador de Políticas de Segurança em Ciências Políticas e Administração, pela Universidade de Lausanne, Membro do International Association of Professors of Law (IAPL) - Helsinki.