

INOVAÇÕES REFERENTES A PROCEDIMENTOS PENAIS (LEI 11.719/2008, DE 20.06.08)

RODRIGO DE ABREU FUDOLI *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Providências adotadas pelo juiz na sentença condenatória. 3. Função do Ministério Público no processo penal. 4. Sanção ao defensor omissivo e substituição de defensor. 5. Citação com hora certa. 6. Suspensão do processo decorrente de citação por edital. 7. "Emendatio libelli". 8. "Mutatio libelli". 9. Mudanças nos procedimentos. 10. Procedimento ordinário. 11. Procedimento sumário. 12. Revogação expressa de dispositivos.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de mais uma lei editada a partir da discussão e aprovação dos projetos de lei apresentados (no caso, o projeto de Lei n. 4.207/01) por comissão composta por ADA PELLEGRINI GRINOVER, PETRÔNIO CALMON FILHO, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES, LUIZ FLÁVIO GOMES, MIGUEL REALE JÚNIOR, NILZARDO CARNEIRO LEÃO, RENÉ ARIEL DOTI, ROGÉRIO LAURIA TUCCI e SIDNEI AGOSTINHO BENETI, proposições estas submetidas ao Ministério da Justiça e, posteriormente, remetidas pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional.

Outras leis derivadas dos referidos projetos foram sancionadas e publicadas, em 10.06.08 (com vigência a partir de 09.08.08), versando sobre o Tribunal do Júri (Lei n. 11.689/08) e sobre regras referentes à prova penal (Lei n. 11.690/08).

A Lei n. 11.719/08 introduziu mudanças relacionadas com a suspensão do processo, a citação, a "emendatio libelli", a "mutatio libelli" e os procedimentos, sendo publicada em 23.06.08, entrando em vigor em 60 dias após a publicação, ou seja, em 22.08.08, conforme dispõe seu art. 2º¹.

* Promotor de Justiça do MPDFT e Mestre em Ciências Penais pela UFMG.

1. Segundo o art. 8º, § 1º, da Lei Complementar n. 95/98: "A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral."

As normas em questão têm natureza exclusivamente processual penal, não versando sobre crimes e penas. Por essa razão, é desnecessário seja feita distinção, por ocasião da análise das novas normas, entre aquelas mais benéficas e aquelas mais gravosas ao réu, para se saber sobre sua aplicação no tempo. É o caso, aqui, de sua aplicação imediata, mesmo aos processos já em curso, nos termos do art. 2º do CPP (princípio do efeito imediato da norma processual penal). Segue-se a regra de que a norma processual tem aplicação para o futuro, respeitadas os atos processuais já praticados².

2. PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO JUIZ NA SENTENÇA CONDENATÓRIA

Foi acrescentado parágrafo único ao art. 63 do CPP (que trata da reparação do dano causado pelo delito), determinando-se que, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a execução pode ser efetuada pelo valor fixado pelo juiz na sentença, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. Com isso, o autor (Ministério Público ou querelante) deverá se preocupar em produzir prova, não só em relação à autoria, materialidade, tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade, mas também em relação ao dano experimentado pela vítima.

Alterou-se o inciso IV ao art. 387, do CPP, que trata das providências que devem ser adotadas pelo juiz na sentença condenatória, determinando-se que o juiz, em tal ocasião, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. O inciso IV, na redação original, tratava da “periculosidade real” para fins de imposição de medida de segurança (regra que datava do tempo do sistema do duplo binário, em que se admitia a imposição cumulativa de pena e medida de segurança ao condenado, sistema esse que foi revogado com a Reforma Penal de 1984). Como se depreende da redação da lei, o valor a ser fixado na sentença a título de reparação de danos é mínimo e não impede que a vítima ajuíze ação cível própria para complementação do ressarcimento por parte do autor do crime. Precisa haver pedido específico na denúncia a respeito da fixação da indenização? Não, assim como na denúncia nunca houve necessidade de formulação de pedido de perda de bens em favor da União (art. 91, II, do Código Penal), ou de destruição da arma apreendida (art. 25 da Lei n. 10.826/03), ou de fixação de prestação pecuniária (pena restritiva de direitos em caso de crimes de trânsito, art. 297 da Lei n. 9.503/97) em prol da vítima, porque todas essas providências – e também agora a indenização em favor da vítima – são determinadas pela própria lei, sendo decorrência automática da condenação. Aliás, disposição idêntica à do novo art. 387, IV, do CPP, já existia na Lei n. 9.605/98 (crimes ambientais): “Art. 20. A sentença penal, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela in-

2. Nesse sentido, vide TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. SP: Saraiva, 2003, pp. 109-115.

fração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá efetuar-se pelo valor fixado nos termos do *caput*, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido”.

Incluiu-se parágrafo único no art. 387, determinando-se que “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”. Quanto à referência a “outra medida cautelar” (diversa da prisão cautelar), depende-se aqui da eventual aprovação do projeto de Lei n. 4.208/01, estabelecendo medidas cautelares diversas da prisão³, embora a Lei n. 11.340/06 (“Lei Maria da Penha”) já tenha consagrado várias dessas medidas cautelares (protetivas), sendo de se destacar que a jurisprudência vem admitindo, com base no poder geral de cautela do juiz e na ponderação de interesses, a determinação de medidas cautelares como o afastamento do cargo público ocupado pelo réu e a retenção de seu passaporte (*vide* STF – 2ª Turma – HC 94.147 – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 27.05.08).

Na prática, essa importante modificação necessidade de o juiz decidir fundamentadamente sobre a imposição de prisão preventiva sepultou a chamada “prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível”, pois, agora, para que o réu condenado em primeira instância seja preso (ou mantido preso), o juiz deverá aquilatar concretamente a necessidade da prisão preventiva, não se cogitando mais de mero sopesamento dos maus antecedentes ou da reincidência, para a prisão (ou manutenção na prisão) do réu, ou da primariedade e bons antecedentes, para a soltura (ou manutenção em liberdade) do réu. Para deixar clara essa opção, o legislador revogou expressamente o art. 594 do CPP (cujo texto era: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”).

Conseqüentemente, fica revogado tacitamente também o art. 393, I, do CPP (“São efeitos da sentença condenatória recorrível: (...) I – ser o réu preso ou

3. Eis as medidas cautelares previstas no referido projeto: comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar justificar atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com pessoas determinadas quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou a instrução; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a 2 anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais; internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 e parágrafo único do CP) e houver risco de reiteração; fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial.

conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança”).

Além disso, o art. 595, do Código de Processo Penal, que trata da deserção do réu que apelou e depois fugiu, e o art. 585 do mesmo Código, que impede o recurso contra decisão de pronúncia se o réu não for preso, recebem sua pá de cal, pois a nova lei estabelece expressamente que, independentemente da prisão do réu condenado em primeira instância, seu recurso será conhecido⁴.

Outras duas alterações são de mera atualização legislativa. A primeira, prevista no art. 387, II, CPP, apenas para atualizar o CPP, cuja redação original é de 1941 (à época vigia a parte geral do CP em sua redação original) à Nova Parte Geral do CP, de 1984: agora, faz-se menção aos arts. 59 (circunstâncias judiciais) e 60 (parâmetros para fixação da pena de multa) do CP na dosagem da pena (anteriormente, era feita menção aos arts. 42 e 43 do CP). A segunda, também meramente de atualização, consiste na eliminação da menção às penas acessórias, que eram a perda da função pública, a publicação da sentença e a interdição de direitos hoje, tratam-se de efeitos da sentença penal condenatória, mas que já não existem desde a Reforma Penal de 1984 como penas (art. 387, III, CPP), mencionando-se agora que o juiz “aplicará as penas”, sem distinção entre principais e acessórias.

3. FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL

A redação do art. 257 do CPP foi alterada para destacar, claramente, as duas funções principais do Ministério Público no processo penal, a saber, a promoção privativa da ação penal pública (inciso I) e a fiscalização da execução da lei (inciso III). Isso porque o Ministério Público é parte e, ao mesmo tempo, tem atuação objetiva. Se o Ministério Público fosse somente parte, não faria sentido pedir absolvição por falta de provas; se fosse só fiscal da lei, a importância da presença do advogado seria reduzida ao mínimo. Sabe-se, no entanto, que o Ministério Público tem ainda outras funções relevantes no processo penal, como o exercício do controle externo da atividade policial e da função de garante dos direitos humanos, mas ambas as funções são, de alguma forma, relacionadas com a fiscalização do cumprimento da lei e com o exercício da ação penal pública.

4. Jurisprudência recente, embora não pacífica, do STF e do STJ já vinha, no entanto, considerando que os referidos arts. 585 e 595 do CPP são incompatíveis com o princípio da presunção de não culpabilidade e do contraditório. O STJ editou a Súmula 347, com o seguinte teor: “o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão”. Posição idêntica vinha sendo assumida pelo STF: 1ª Turma – HC 88.420 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ 08.06.07, embora o Pleno ainda não tivesse se manifestado de forma definitiva sobre o tema (objeto do HC 85.961 – Rel. Min. Marco Aurélio, pendente de apreciação).

4. SANÇÃO AO DEFENSOR OMISSO E SUBSTITUIÇÃO DE DEFENSOR

Alterou-se o art. 265, *caput*, do CPP, substituindo-se a sanção de multa de cem a quinhentos réis por sanção de multa de 10 a 100 salários mínimos, para o defensor que abandona a causa, sem motivo imperioso. Trata-se apenas de atualização monetária. O parágrafo único do art. 265 foi desdobrado nos §§ 1º e 2º, prevendo-se agora que, antes de designar defensor para o ato (*ad hoc*), o juiz deve aguardar, até o início da audiência, a apresentação da justificativa pelo advogado que não compareceu a ele, previsão que não existia antes – a ausência do defensor, ainda que motivada, ensejava a substituição por outro defensor, para o ato. Prestigia-se, com a mudança, a defesa do réu pelo defensor de sua escolha. Somente se o defensor se ausentar sem apresentar justificativa até o início da audiência é que haverá a substituição do defensor.

Como se vê, por mais que o réu queira ser defendido por esse ou aquele advogado, por confiar nele, se for apurado que sua atuação é desidiosa e contrária aos interesses do réu, o juiz poderá lhe nomear outro defensor, ainda que contra a vontade desse réu.

5. CITAÇÃO COM HORA CERTA

No caso de ocultação do réu para não ser citado, ao invés de se promover a citação por edital, com prazo de 5 dias, como ocorria antes, agora, por força da redação do art. 362, *caput*, CPP, será procedida a citação com hora certa, na forma estabelecida pelo CPC (arts. 227 a 229)⁵. Em se tratando de processo de natureza penal, será nomeado defensor dativo ao réu que, citado com hora certa, não comparecer (parágrafo único) – no caso de processo de natureza não-penal, nomeia-se curador ao réu citado com hora certa (art. 9º, II, parte final, do CPC, e Súmula n. 196 do STJ: “Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos”). A citação com hora certa contribui para a diminuição da impunidade decorrente da citação por edital, que impli-

5. CPC: “Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Art. 228. No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência. § 1º. Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando tenha se ocultado em outra comarca.

Art. 229. Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência”.

ca em suspensão do processo se o réu não comparecer ao interrogatório. A medida já era defendida na doutrina, dentre outros por ROGÉRIO SCHIETTI⁶.

A citação com hora certa não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição da República), nem o art. 8º, 4, do Pacto de São José da Costa Rica (“comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”).

Isso porque, em primeiro lugar, a citação com hora certa não se fará de forma arbitrária, mas somente naquelas situações em que há suspeitas fundadas de que o citando se oculta para não ser chamado ao processo; nesses casos, a má-fé do citando justifica a citação indireta e ficta, preocupando-se o legislador, não obstante essa má-fé, em determinar a entrega, por oficial de justiça (que tem fé pública), do mandado de citação a um vizinho ou parente do citando, para que, ainda que contra a vontade do denunciado ou querelado de má-fé, aumentem as chances de que ele seja comunicado efetivamente sobre a imputação que lhe foi feita. Em segundo lugar, a citação com hora certa implica confirmação do endereço do citando, diferentemente do que ocorre na citação por edital, quando não se sabe do paradeiro do citando e, por isso, não é razoável presumir que ele tenha tomado ciência da acusação. E, finalmente, o réu citado com hora certa terá defensor dativo, que zelará por seus interesses jurídicos, podendo o defensor entrar em contato com o réu na residência deste (que é conhecida), para obter elementos que subsidiem a defesa em juízo. Se, eventualmente, o réu citado com hora certa resolver se ocultar do próprio advogado, trata-se de opção que resultará na perda das chances processuais de defesa, o que ficará a critério do réu, sendo desarrazoado ver nisso inconstitucionalidade.

No caso de citação com hora certa, não se suspendem o processo ou o curso do prazo prescricional.

Como a norma que instituiu a citação com hora certa no Processo Penal fez alusão expressa às regras legais do Processo Civil sobre a matéria, as orientações da lei, da jurisprudência e da doutrina do Processo Civil socorrerão o intérprete do art. 362, *caput*, do CPP. São elas:

a) a citação com hora certa tem dois requisitos: o objetivo (procura do citando pelo oficial de justiça, em três oportunidades, em sua residência ou local de trabalho) e o subjetivo (suspeita de ocultação) – art. 227 do CPC⁷;

6. “Será que a citação com hora certa forma de citação que, se não atende plenamente à certeza do chamamento, confere uma dose razoável de probabilidade do atingimento do fim daquele ato, infinitamente maior da que decorre de um edital publicado, em poucas letras, na imprensa escrita não constituiria um caminho alternativo para compatibilizar os interesses do réu com os da sociedade, naquelas específicas situações em que aquele se oculta para não ser citado, ou que foge para não ser alcançado pela Justiça?” (CRUZ, Rogério Schiatti Machado. “A citação editalícia e a eficiência do processo”. *Boletim do IBCCrim*, n. 43, julho de 1996).

7. Quanto à classificação dos requisitos (objetivo e subjetivo), vide THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 47. ed. RJ: Forense, 2007, p. 300.

b) a citação com hora certa é forma de citação indireta (não é feita ao réu propriamente) e ficta (não se tem certeza de que o réu a tenha recebido);

c) a procura do réu pelo oficial de justiça deve se dar em datas diferentes, devendo o oficial de justiça ter o cuidado de realizar o ato em horários em que o réu costuma estar no local procurado, tudo para ficar bem caracterizada a suspeita de ocultação;

d) constatada a ocultação, o oficial de justiça notifica qualquer pessoa da família do citando, ou, em sua falta, algum vizinho ou pessoa próxima, como colega de trabalho, de que voltará no dia imediato (dia seguinte) para citar o réu, na hora designada, ficando a pessoa notificada incumbida de alertar o citando da hora indicada (art. 227 do CPC);

e) no dia (e hora) designado, o oficial de justiça retorna e, se o réu estiver presente, realiza-se a citação pessoal; caso negativo, o oficial, constatando a ocultação, dá por feita a citação (art. 228, *caput* e § 1º do CPC);

f) a contra-fé da citação é entregue à pessoa notificada na véspera ou a outra pessoa, caso a primeira esteja ausente (art. 228, § 2º, do CPC);

g) na certidão, o oficial de justiça deve informar as ocasiões (dias e horários) em que procurou o réu, sob pena de nulidade⁸, bem como o porquê da desconfiança de ocultação, igualmente sob pena de nulidade⁹;

h) após, o oficial lavra certidão, e o juízo ainda enviará ao réu carta ou telegrama dando-lhe ciência de tudo (art. 229 do CPC)¹⁰. Embora a lei não diga isso, é óbvio que a expedição dessa comunicação – mas não o seu efetivo recebimento pelo citando (afinal, o citando já deu mostras de que se esconde da Justiça) – é indispensável para a validade da citação¹¹;

i) o juiz verificará se essa desconfiança é ou não fundada, podendo determinar a renovação do ato citatório, se o caso;

j) a contagem do prazo (para apresentação de resposta à acusação) se faz a partir da juntada aos autos do mandado de citação (art. 241, II, do CPC)¹² ou da data fixada pelo oficial de justiça, ou seja, da data da citação (art. 798, § 5º, *a*, do CPP, que alude à intimação, mas que também seria aplicável à citação)? Como o art. 362, *caput*, do CPP, faz menção expressa à adoção das regras dos arts. 227 a 229 do CPC para o regramento da citação com hora certa no Processo Penal, entendemos que o prazo se contará a partir da juntada aos autos do mandado de citação cumprido. A reforçar tal entendimento, tenha-se em vista que o § 5º do art. 798 do CPP deixa claro que, “salvo os casos expressos” (e o caso ora estudado é um caso expresso em sentido diverso) é que se adotarão as regras das alíneas *a*, *b* e *c* do referido parágrafo;

8. STJ – 3ª Turma – RESP 468.249 – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 05.08.03.

9. STJ – 3ª Turma – RESP 473.080 – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 21.11.02.

10. Essa expedição deve se dar no prazo da resposta, sob pena de nulidade (STJ – 5ª Turma – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. 17.05.01).

11. STJ – 3ª Turma – RESP 687.115 – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 28.06.07.

12. No mesmo sentido: STJ – RESP 180.917 – 3ª Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 06.02.03.

l) se o prazo de resposta passar em branco, nomeia-se defensor dativo ao réu (art. 362, parágrafo único, CPP).

E se for o caso de intimação ou notificação de um réu já citado, e houver suspeitas de que ele se oculta para não receber a comunicação processual? Como, no Processo Civil, as regras da citação se aplicam à intimação (STJ – 3ª Turma – RESP 779.860 – Rel. Min. Castro Filho – j. 13.06.08), o mesmo raciocínio deve valer para o Processo Penal. Ou seja, poderá haver também intimação ou notificação com hora certa, em caso de suspeita de ocultação do réu.

Não se fala mais na hipótese de citação por edital do réu quando se tratar de pessoa “incerta” (antigo art. 363, II, CPP, revogado), justamente porque não se pode falar em denúncia contra pessoa incerta, mas, no máximo, contra pessoa cujo nome ou endereço precisos se desconhece.

Segundo o texto aprovado pelo Congresso Nacional, a citação do réu que estiver em local inacessível em virtude força maior (antigo art. 363, I, do CPP, com prazo de 15/90 dias) passaria a ser prevista agora no art. 366, *caput*, do CPP, sem alteração quanto ao prazo do edital. Ocorre que o Presidente da República vetou o dispositivo. Analisando a razões para o veto¹³, não se compreende, pelo menos nesse primeiro momento, o porquê da atitude tomada, pois sequer haveria alteração substancial na redação do dispositivo, mas apenas renumeração de artigos.

O antigo art. 361, CPP, passa a ser o novo art. 363, § 1º, CPP, com ligeiras alterações redacionais, mas sem modificação de sentido, determinando-se que o réu que não for encontrado será citado por edital.

6. SUSPENSÃO DO PROCESSO DECORRENTE DE CITAÇÃO POR EDITAL

A previsão anteriormente contida no art. 366, *caput* (redação dada pela Lei n. 9.271/96), de que o curso do processo e da prescrição serão suspensos, podendo ser determinada a produção antecipada de provas, bem como decretada a prisão preventiva, quando o réu citado por edital não comparece para interrogatório nem nomeia defensor, foi mantida.

O Poder Legislativo chegou a aprovar alterações importantes na sistemática da suspensão, da prisão preventiva e da produção antecipada de provas,

13. “Cumpra observar, outrossim, que se impõe ainda, por interesse público, o veto à redação pretendida para o art. 366, a fim de se assegurar vigência ao comando legal atual, qual seja, a suspensão do processo e do prazo prescricional na hipótese do réu citado por edital que não comparecer e tampouco indicar defensor. Ademais, a nova redação do art. 366 não inovaria substancialmente no ordenamento jurídico pátrio, pois a proposta de citação por edital, quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu, reproduz o procedimento já previsto no Código de Processo Civil e já extensamente aplicado, por analogia, no Processo Penal pelas cortes nacionais” (Mensagem n. 421, de 20.06.08).

em caso de citação por edital. Entretanto, as modificações (previstas nos §§ 2º e 3º do art. 363 do CPP) foram vetadas pelo Presidente da República, porque o legislador previu a suspensão do prazo prescricional, mas se esqueceu de mencionar a suspensão do curso do processo, em caso de citação por edital, visualizando o Chefe do Poder Executivo lesão aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade (Mensagem de Veto n. 421, de 20.06.08)¹⁴.

As alterações vetadas foram as seguintes:

a) a suspensão do curso do prazo prescricional passaria a se dar “pelo tempo correspondente ao da prescrição em abstrato do crime objeto da ação (art. 109 do Código Penal) findo o qual, recomeçará a fluir” (art. 363, § 2º, I), prestigiando-se orientação seguida por parte da jurisprudência. Com o veto, permanece a polêmica sobre se deve haver fixação de um prazo máximo para a suspensão do processo após a citação por edital ou se o prazo de suspensão é indeterminado¹⁵;

14. Eis o teor da mensagem do veto: “(...) A despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo projeto de lei, se revela imperiosa a indicação do veto do § 2º do art. 363, eis que em seu inciso I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer, nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente, a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório. Em virtude da redação do § 3º do referido dispositivo remeter ao texto do § 2º há também que se indicar o veto daquele. (...)”

15. Quanto a isso, eis as posições principais:

a) STF (1ª Turma – RE 460971 – rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 13.02.07, decisão unânime): nada impede que a suspensão do prazo prescricional se dê por tempo indeterminado, não havendo nisso qualquer violação direta ou oblíqua às regras sobre imprescritibilidade previstas no texto constitucional. Ementa: “(...)II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado C.Pr.Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96. 1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr.Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, “do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão.” 5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição.”

b) STJ: o prazo da suspensão teria que se limitar ao prazo da prescrição da pena cominada abstratamente ao crime, voltando a fluir após o decurso desse prazo. Vide, por todos, o seguinte julgado do STJ: 1. *O entendimento pacificado nesta Corte é no sentido de que, diante do silêncio do art. 366 do Código de Processo Penal e da impossibilidade de tornar imprescritíveis crimes assim não definidos, quando o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, devem ser utilizados os parâmetros do art. 109 do Código Penal para determinar o período de suspensão do prazo prescricional. (...) 3. Ordem concedida”* (6ª Turma – HC 24.986 – Rel. Min. Paulo Gallotti – j. 09.02.06).

b) a produção antecipada de provas poderia se dar de ofício ou a requerimento da parte (art. 363, § 2º, II, CPP). O veto a esse dispositivo não alterou em nada a realidade, pois, com essa regra expressa ou não, já se entendia que o juiz podia determinar de ofício a produção antecipada de provas;

c) a produção antecipada de provas poderia se dar não apenas nos casos de “urgência” (exemplo: risco de desaparecimento), mas também de “relevância” (exemplo: qualquer prova testemunha, independentemente do risco de desaparecimento), “observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” (art. 363, § 2º, II, CPP). Se o texto aprovado não tivesse sido vetado, possivelmente seria modificada a orientação jurisprudencial do STF e do STJ, segundo a qual somente em casos excepcionais se fará a inquirição da vítima e das testemunhas em sede de produção antecipada de provas. Com o veto, mantém-se o entendimento de que a produção antecipada de provas é medida excepcional, devendo-se demonstrar concretamente o risco de desaparecimento da prova. Perdeu-se, aqui, oportunidade de preservação da prova oral, por meio de sua produção antecipada, sempre que ela se fizer necessária, pois se trata de prova “relevante” e que se encaixaria perfeitamente ao novo parâmetro para que o juiz decidisse pela produção antecipada;

d) ao tratar da prisão preventiva, passar-se-ia a fazer referência, no art. 363, § 2º, III, CPP, aos arts. 312 e 313 do CPP, mencionando-se, assim, de forma completa, as hipóteses autorizadoras, os pressupostos e as condições de admissibilidade da prisão preventiva. Com o veto, mantém-se a menção apenas ao art. 312 do CPP (que trata das hipóteses autorizadoras e dos pressupostos da prisão preventiva, mas não das condições de admissibilidade), perdendo-se a oportunidade da prevalência de um texto legislativo mais técnico;

e) a produção antecipada de provas se faria “com prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor público ou defensor dativo designado para o ato” (art. 363, § 3º, CPP). Com o veto, a produção antecipada de provas permanecerá sendo feita apenas “na presença” do Ministério Público e do defensor dativo (art. 366, § 1º, CPP, redação antiga). Na prática, porém, aqui não haverá prejuízo para as partes, pois é evidente que ambas serão notificadas previamente para a audiência em que serão colhidas as provas.

Ainda quanto ao tema, foi aprovada (e sancionada, sem veto), a regra segundo a qual, comparecendo o réu citado por edital, o processo prossegue (antigo art. 366, § 2º, CPP, e novo art. 363, § 4º, CPP). A lei, na redação antiga, mencionava que, neste caso, “*ter-se-á por citado pessoalmente*” o réu; a lei nova, acertadamente, não estabelece a necessidade de se considerar citado o réu, pois a relação processual já se completou anteriormente com a citação editalícia, sendo desnecessária nova citação (“citação pessoal”).

7. “EMENDATIO LIBELLI”

O art. 383, CPP, redação original, foi modificado, passando a ter *caput* e dois parágrafos. Quanto ao *caput*, que tem o mesmo sentido do anterior art.

383, eis o teor: "O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave".

Em relação à redação anterior, inclui-se a expressão "sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa". Isso quer dizer que o juiz deverá ficar vinculado à descrição típica feita na denúncia ou queixa, o que é decorrência lógica do princípio da correlação entre a imputação e a sentença. Acrescentou-se § 1º, para abrigar construção jurisprudencial (Súmula 337 do STJ: "É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva"). Assim, doravante, "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". E, em se tratando de infração de competência de outro Juízo, a este serão encaminhados os autos (novo art. 383, § 2º, CPP).

Continua não existindo necessidade de aditamento da denúncia, no caso da "*emendatio libelli*", porque, em tal caso, o réu pôde se defender adequadamente dos fatos a ele imputados.

8. "*MUTATIO LIBELLI*"

A principal modificação sofrida pelo art. 384 do CPP diz respeito à necessidade de aditamento sempre que surgir prova nova a respeito do fato, independentemente de a nova definição jurídica do fato implicar aplicação de pena mais ou menos grave ao réu.

Anteriormente, somente nos casos em que a pena cominada ao novo crime fosse mais grave é que o aditamento se impunha.

Trata-se de mudança relevante e que prestigia os princípios do contraditório e da ampla defesa, porque, no sistema antigo, era possível que o réu tivesse se defendido durante a instrução de um determinado fato (por exemplo, da imputação referente a ter subtraído, para si, coisa alheia móvel) e posteriormente condenado por fato diverso (por exemplo, por ter obtido, mediante fraude, vantagem ilícita em prejuízo de outrem), o que surpreendia a defesa, enfraquecendo os referidos princípios constitucionais.

Outra modificação importante e saudável, pois compatível com a imparcialidade que deve revestir a atuação judicial, consiste na eliminação da menção à possibilidade de o juiz provocar o Ministério Público a aditar a peça acusatória (a lei antiga, art. 384, parágrafo único, estipulava que o juiz "baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa"). A nova lei menciona que o aditamento será feito pelo Ministério Público "encerrada a instrução probatória", no prazo de 5 dias, mas é evidente que a qualquer tempo o Ministério Público pode aditar a peça acusatória, não precisando aguardar o encerramento da instrução.

Possibilitou-se ao Ministério Público arrolar até 3 testemunhas por ocasião do aditamento com esse fundamento (novo art. 384, § 4º, CPP), o que é novidade.

Esclareceu-se ainda que o Ministério Público só poderá aditar a queixa se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação penal pública (a lei quis fazer referência, aqui, ao caso de ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, prevista na Constituição da República art. 5º, LIX, e no CPP art. 29). Naturalmente, o Ministério Público não podia (e continua não podendo) aditar a queixa, em se tratando de ação penal de iniciativa privada própria, pois não possui legitimidade para tal.

Eliminou-se ainda a expressão “baixar” os autos, eis que não se trata de medida tomada “de cima para baixo”, não havendo hierarquia entre juiz e Ministério Público. A expressão “baixa” só tem sentido quando se trata de remessa dos autos do processo a instância judicial inferior, pelo Tribunal, para cumprimento de decisão.

A expressão “denúncia ou queixa” foi substituída por “acusação” (sem mudança de sentido).

No novo § 1º do art. 384, a nova lei previu que, não procedendo o Ministério Público ao aditamento, o juiz aplica o art. 28 do CPP, ou seja, remete os autos ao Procurador-Geral de Justiça (no âmbito da União, os autos serão remetidos antes disso à Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal do Ministério Público Federal ou do Distrito Federal e Territórios — Lei Complementar n. 75/93), para que o Chefe da Instituição mantenha a acusação, nos termos postos pelo membro do Ministério Público com atuação na primeira instância, ou para que adite a inicial, ou ainda para que designe outro membro do Ministério Público para fazê-lo. Há, aqui, na aplicação do art. 28 do CPP, ingerência indevida por parte do juiz que é órgão imparcial na atividade da acusação, o que fere o princípio acusatório (separação nítida entre as funções de acusar e julgar), inclusive desequilibrando os pratos da balança em desfavor do réu. De fato, mesmo que atue com a melhor das intenções, com qual isenção o juiz que aplicar o art. 28 do CPP em relação ao aditamento à peça acusatória irá posteriormente sentenciar o réu? No mínimo, o juiz que atuar desta forma deve ser considerado impedido de prolatar a sentença. A solução tecnicamente correta, à luz do sistema acusatório, seria o juiz absolver o réu, caso perceba, ao sentenciar, haver discrepância entre os fatos narrados na acusação e os fatos ocorridos no mundo real. Superada a questão da possível violação ao princípio acusatório, e se o Procurador-Geral de Justiça mantiver a mesma posição do promotor de justiça ou procurador da República? Não restará alternativa ao juiz senão a de absolver o réu, caso entenda que a imputação inicial não foi provada.

O prazo para manifestação da defesa, após o aditamento, passa a ser de 5 dias, podendo arrolar a defesa até 3 testemunhas (art. 384, §§ 2º e 4º, CPP, nova redação) anteriormente, o número máximo de testemunhas era o mesmo, mas o prazo para manifestação da defesa era de 3 dias art. 384, parágrafo único, CPP, redação antiga).

Depois do aditamento à acusação, da manifestação da defesa e do recebimento do aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará data para continuação da audiência (reabre-se, pois, a instrução criminal), inquirindo-se as testemunhas indicadas pelas partes (aqui, sem novidades),

realizando-se novo interrogatório (aqui está uma novidade), seguindo-se os debates e o julgamento art. 384, § 2º, CPP, redação nova (conforme se explicitará adiante, a nova lei prevê colheita de provas, debates orais e julgamento na mesma ocasião, seja o procedimento ordinário, sumário ou sumaríssimo, podendo, no entanto, haver conversão dos debates orais em alegações escritas e, em tal hipótese, prolação de sentença escrita). A reabertura da instrução criminal, em virtude do aditamento, nem sempre será necessária. Assim, se não houver requerimento das partes, ela não ocorrerá. O novo interrogatório será desnecessário quando o réu, defendendo-se da imputação original, ao dar sua versão pessoal para os fatos no primeiro interrogatório, já tenha abordado o fato tratado na nova imputação. Por exemplo, a imputação original era de furto e, no interrogatório, o réu confessou a prática de subtração de coisa alheia, mediante violência; aditada a denúncia, que passará a narrar o roubo, não haveria utilidade de novo interrogatório. De qualquer forma, para se evitar alegação de cerceamento ao contraditório, é prudente que o juiz sempre permita a realização de novo interrogatório do réu, se houver pedido fundamentado da defesa.

Havendo aditamento, o juiz fica, na sentença, adstrito aos seus termos (art. 384, § 4º, CPP), ou seja, não mais poderá condenar o réu pelo crime inicialmente narrado, medida esta que prestigia o sistema acusatório (o juiz não pode, ainda que de forma reflexa, ter iniciativa na persecução criminal).

Também no caso da "*mutatio libelli*", assim como se previu em relação à "*emendatio libelli*", se o juiz verificar que o novo delito comporta suspensão condicional do processo, adotará as medidas legais (no caso, encaminhamento dos autos ao Ministério Público ou ao querelante, para que se manifeste fundamentadamente sobre o cabimento de suspensão condicional do processo) e, se verificar que o novo delito é de alçada de outro Juízo, remeterá os autos a tal Juízo (art. 384, § 3º, c/c art. 383, §§ 1º e 2º, CPP, redação nova).

Finalmente, não recebido o aditamento, o processo prosseguirá (art. 384, § 5º, CPP, nova redação), cabendo recurso em sentido estrito dessa decisão, com fundamento no art. 581, I, do CPP, pois o aditamento não deixa de ser uma denúncia, acrescida ou modificada¹⁶.

9. MUDANÇAS NOS PROCEDIMENTOS

O procedimento será comum ou especial (art. 394, *caput*).

O procedimento comum é aplicável a todos os processos, salvo disposições em contrário do CPP ou de leis extravagantes art. 394, § 2º, CPP. Nos processos de competência do Júri, por exemplo, o procedimento será o especi-

16. Nesse sentido, vide, por todos, o seguinte julgado do STJ: "PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ADITAMENTO À DENÚNCIA. REJEIÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. É cabível o recurso *stricto sensu* da decisão que indefere o aditamento da denúncia. Inteligência do art. 581, I, CPP. Recurso especial conhecido e provido" (RESP 435.256 – 5ª Turma – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. 15.04.03).

al previsto nos arts. 406-497 do Código (com profundas alterações advindas da Lei n. 11.689/08), e não o procedimento comum.

O procedimento comum poderá ser:

a) ordinário (art. 394, § 1º, I): quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 anos de pena privativa de liberdade;

b) sumário (art. 394, § 1º, II): quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 anos de pena privativa de liberdade; ou

c) sumaríssimo (art. 394, § 1º, III): para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei. A lei, no caso, é a Lei n. 9.099/95, que assim define as infrações penais de menor potencial ofensivo: todas as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não supere o patamar de dois anos (art. 61 da Lei n. 9.099/95, com a redação dada pela Lei n. 11.313/06). O procedimento sumaríssimo está disciplinado nos arts. 77-81 da Lei n. 9.099/95.

Como se vê, já não se distinguirá o procedimento conforme a infração penal seja apenada com reclusão ou com detenção. A definição do procedimento levará em conta, doravante, a pena máxima cominada à infração penal. Se houver concurso de crimes, cuja pena máxima cominada, isoladamente, não supera 4 anos, ultrapassando-se tal patamar, no entanto, em caso de soma das penas (ex: posse irregular de arma de fogo pena: 1 a 3 anos; e ocultação de cadáver pena: 1 a 3 anos), o procedimento será o ordinário.

A distinção entre procedimento ordinário e sumário, operada pelo legislador com base na pena máxima cominada ao delito, era desnecessária. A impressão que fica é a de que o legislador supôs – equivocadamente, por sinal – que a apuração de crime com pena máxima igual ou superior a 4 anos (por exemplo, o porte ilegal de arma de fogo do art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03) é menos complexa do que a apuração de crime com pena máxima inferior a 4 anos (por exemplo, a posse irregular de arma de fogo do art. 12, da Lei n. 10.826/03).

Também antes do exame de cada um dos procedimentos, deve-se atentar para questão que pode suscitar controvérsia diz respeito aos procedimentos já em curso em 22.08.08, quando entrou em vigor a Lei n. 11.719/08. Quanto a isso:

a) se o réu já havia sido interrogado, com defesa prévia (antigo art. 395 do CPP) apresentada, basta realizar os atos processuais restantes de acordo com a nova lei: oitiva do ofendido, testemunhas e peritos, debates orais (ou diligências seguidas de alegações escritas) e sentença, sem necessidade de novo interrogatório após a colheita da prova oral. Veja-se que, neste caso, já houve superação da fase do interrogatório (o ato processual já praticado sob a vigência da lei anterior é respeitado) e já houve oportunidade à defesa de arrolar testemunhas e argüir exceções;

b) se o réu já havia sido interrogado, sem abertura de prazo para defesa prévia, ou com tal prazo ainda em curso, convém adotar uma das seguintes providências: ou permitir a apresentação de rol de testemunhas, com se esti-

vesse em vigor ainda o art. 395 do CPP, ou então abrir prazo para resposta à acusação (porque não houve ainda oportunidade para arrolamento de testemunhas e argüição de exceções) e, se não houver absolvição sumária, basta passar à audiência una, com colheita da prova oral, debates e sentença, também aqui sem necessidade de novo interrogatório;

c) se o réu já havia sido denunciado, mas ainda não citado, ou se havia sido citado, mas não interrogado, deve-se notificá-lo para apresentação de resposta à acusação, seguindo-se o novo procedimento inteiramente, a partir daí, inclusive com realização de interrogatório após a produção da prova oral (preservam-se, aqui, somente o recebimento da acusação e a citação, atos realizados sob a vigência da lei anterior);

d) se o réu já havia sido interrogado e, em seguida, havia obtido a suspensão condicional do processo, com posterior descumprimento e revogação do benefício, deve-se notificar o réu para resposta à acusação e, se não houver absolvição sumária, basta ouvir ofendido, testemunhas e peritos, seguindo-se debates orais e sentença (sem necessidade de novo interrogatório). No entanto, naturalmente, se o réu, por ocasião da obtenção da suspensão condicional do processo, não havia sido interrogado, em caso de revogação do benefício, com retomada do curso do processo, ele será interrogado ao final da audiência;

e) se o réu havia sido citado por edital, com suspensão do processo, produzindo-se a prova antecipadamente (art. 366 do CPP), e o réu comparece posteriormente ao processo, as partes devem ser consultadas sobre se ratificam ou não a prova já produzida (se não a ratificarem, justificadamente, a prova deve ser refeita) e, em seguida, realiza-se o interrogatório, após o que virão os debates e a sentença.

10. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

O procedimento ordinário é o procedimento padrão, e suas disposições normativas se aplicarão, subsidiariamente, aos procedimentos especiais e aos procedimentos sumário e sumaríssimo (art. 394, § 5º, CPP).

Algumas das novas regras (precisamente as contidas nos arts. 395-397 do CPP)¹⁷ serão aplicáveis a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados no CPP (é o caso do procedimento para apuração de crimes de entorpecentes Lei n. 11.343/06).

Então, o procedimento ordinário se inicia com o oferecimento de denúncia ou queixa. A peça acusatória poderá ser rejeitada se:

a) manifestamente inepta (art. 395, I, CPP). A ineptia se caracterizará pela

17. Rejeição ou recebimento da acusação; citação para resposta à acusação; apresentação de resposta à acusação, com possibilidade de argüição de preliminares, juntada de documentos, especificação de provas e arrolamento de testemunhas; e possibilidade de absolvição sumária.

falta dos requisitos da inicial. Os requisitos da inicial são a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias; a qualificação do acusado; a classificação do crime e, quando o caso, o rol de testemunhas (art. 41 do CPP), além de outros exigidos pela doutrina, como endereçamento ao juízo competente; assinatura do membro do Ministério Público ou do advogado do querelante (munido com procuração com poderes especiais – art. 44 do CPP); pedido de condenação; e redação em vernáculo;

b) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, II, CPP): os pressupostos processuais são a demanda judicial (veiculada pela denúncia ou queixa); a jurisdição (competência e imparcialidade do Juízo); a existência de partes que possam estar em Juízo (capacidade processual e de ser parte); e a originalidade (ausência de litispendência ou coisa julgada). As condições da ação são a tipicidade em tese da conduta descrita na peça acusatória; a legitimidade ativa e passiva; o interesse de agir; e a justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, III, CPP), ou seja, o lastro probatório mínimo que torna idônea a acusação¹⁸.

Com isso, não se diferenciam mais os casos de não-recebimento (por falta dos requisitos da inicial) dos casos de rejeição da denúncia ou queixa (por falta de condição da ação), para fins de juízo de admissibilidade negativo da acusação. Antes, era cabível recurso em sentido estrito contra a decisão que não recebia a denúncia ou queixa (art. 581, I, CPP), e nada dizia a lei sobre os casos de rejeição (falta de condições da ação). Mas se entendia cabível o recurso em sentido estrito em ambas as situações. Possivelmente não haverá alteração na interpretação dessa hipótese de cabimento recursal.

Feito juízo de admissibilidade positivo (recebimento da denúncia ou queixa, ou seja, se o juiz “não a rejeitar liminarmente”), o juiz receberá a inicial e ordenará a citação do acusado, para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias (art. 396 *caput*). Não se alegue que a citação é feita somente após a apresentação da resposta à acusação. A lei é clara em relação ao fato de que o recebimento (jurídico, e não apenas físico) da peça acusatória se faz, se presentes os requisitos da inicial e as condições da ação, logo após oferecida a denúncia ou queixa.

Se o juiz já designar a audiência una de plano (no mesmo despacho de recebimento da peça acusatória), o oficial de justiça cita o réu e, concomitantemente, notifica-o para apresentação de resposta à acusação e para comparecimento à referida audiência.

No caso de citação pessoal, o prazo se conta a partir do efetivo cumprimento do mandado (art. 406, § 1º, do CPP, que trata do procedimento de apuração dos crimes dolosos contra a vida, aplicável por analogia). Em caso de citação

18. A respeito, vide AFRÂNIO SILVA JARDIM, “Estudo sobre os pressupostos processuais: processo penal”. Em: *Direito processual penal*. 9. ed. RJ: Forense, 2000, p. 54. A “justa causa” já havia sido prevista na Lei n. 11.409/02 (lei de entorpecentes), expressamente como condição da ação. Entretanto, a nova lei de entorpecentes (Lei n. 11.343/06) não fez alusão à citada condição da ação, que agora volta a ser prestigiada em texto legislativo.

por edital, o prazo para defesa começa a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído (art. 396, parágrafo único).

Como a resposta se dará após o recebimento da denúncia ou queixa, seu objetivo fica parcialmente esvaziado.

Essa fase apenas teria real sentido se pudesse influenciar no juízo de admissibilidade da peça acusatória. Para quê se instaurar o processo penal, com todas as conseqüências nefastas disso, para só depois se permitir a resposta à inicial?

Na prática, para não adiantar sua tese defensiva, com o que ficaria facilitada a tarefa da acusação, a tendência é a defesa se limitar a arrolar testemunhas e a afirmar que apresentará seus argumentos por ocasião das alegações finais. É verdade, no entanto, que, na resposta, o réu poderá tentar convencer o juiz a absolvê-lo sumariamente, conforme se verá adiante, razão pela qual essa fase não é completamente inútil.

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 notificação, quando necessário (art. 396-A).

Como se vê, o arrolamento das testemunhas da defesa agora se faz nessa fase, e não mais na extinta "defesa prévia". Com isso, o advogado deverá ter postura ativa e procurar se entrevistar com o seu cliente na prisão em que eventualmente se encontre ou, se solto, onde for possível, pois o prazo para apresentação de rol de testemunhas fluirá antes mesmo da audiência judicial se realizar, diferentemente do que ocorria antes da inovação legislativa, quando o advogado muitas vezes aguardava o interrogatório do réu para ter com ele o primeiro contato com seu cliente, colhendo assim os nomes das testemunhas interessantes à defesa.

Observe-se que a apresentação de resposta à acusação será obrigatória, e não facultativa como a antiga "defesa prévia" (art. 395 do CPP). Não basta a notificação ao réu para que apresente a defesa. A reforçar esse entendimento existe a previsão de nomeação de defensor dativo, caso o réu deixe de apresentar a resposta à acusação.

Será nomeado defensor, concedendo-se-lhe vista dos autos por 10 dias, para apresentar a resposta em duas situações (art. 396-A, § 2º, CPP):

- a) caso não seja apresentada a resposta no prazo legal; ou
- b) se o acusado, citado, não constituir defensor.

Em caso de alegações, na resposta à acusação, que possam levar o réu à absolvição sumária, é conveniente a oitiva do autor, para exercício do direito ao contraditório, antes da apreciação judicial do tema.

Eventuais exceções (de litispendência, de coisa julgada, de incompetência do juízo ou de ilegitimidade de parte art. 95-112 do CPP) serão processadas em apartado (art. 396-A, § 1º).

A finalidade desta resposta após a citação acaba sendo a de proporcionar ao acusado a possibilidade de trazer aos autos argumentos que possam levá-lo à absolvição sumária. A absolvição sumária trata-se de forma de julgamento antecipado da lide, e só existia no procedimento do júri. Agora, estende-se também aos procedimentos comuns.

O acusado será absolvido sumariamente quando o juiz verificar (art. 397):

a) a existência manifesta (acima de dúvida razoável) de causa excludente da ilicitude do fato (inciso I). Se o juiz tiver dúvida em relação à caracterização da causa de exclusão da ilicitude, não poderá absolver sumariamente o réu;

b) a existência manifesta (acima de dúvida razoável) de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade (inciso II). Da mesma forma, se o juiz tiver dúvida em relação à causa de exclusão da culpabilidade, o processo deve prosseguir. Interessante notar que, ainda que provada causa de exclusão da culpabilidade pela inimputabilidade do réu, não se dará a absolvição sumária. Isso porque, em tal situação, o acusado receberia medida de segurança (tratar-se-ia de absolvição imprópria), o que lhe pode ser mais desfavorável juridicamente do que conseguir, adiante, no desfecho do procedimento, a absolvição pura e simples, sem imposição de medida de segurança¹⁹;

c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime: a atipicidade evidente da conduta descrita na denúncia ou queixa enseja a absolvição sumária (inciso III);

d) que está extinta a punibilidade do agente (inciso IV): como se vê, a extinção da punibilidade agora é causa de absolvição sumária, se a denúncia ou queixa tiver sido proposta. Antes do oferecimento da denúncia, no entanto, a extinção da punibilidade ensejará promoção de arquivamento do Ministério Público, caso em que o juiz se limitará a homologar o arquivamento (não absolvendo o indiciado, portanto).

O recurso cabível contra a absolvição sumária é a apelação (art. 593, I, do CPP).

19. Em interessante julgado, o STF (1ª Turma – HC 87.614 – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 03.04.07) debateu sobre se o réu considerado inimputável deveria ser absolvido sumariamente (impondo-se-lhe, conseqüentemente, a sanção penal denominada medida de segurança), ou se deveria ser remetido a julgamento pelo Júri popular (para que tivesse a chance de ser absolvido de forma plena, o que lhe é juridicamente mais vantajoso do que a imposição de medida de segurança). Houve empate na votação, tendo os Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Britto votado no sentido de que o juiz sumariante pode absolver sumariamente o réu inimputável por doença mental e impor-lhe medida de segurança, e tendo os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski entendido que a conjugação da absolvição sumária com a imposição de medida de segurança feriria a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, Juízo natural da causa. Prevaleceu o voto mais favorável ao réu, o que, no caso em tela, redundou no encaminhamento do réu para julgamento popular. O legislador parece ter se inspirado nessa polêmica para decidir que o Juízo criminal não absolverá sumariamente o réu inimputável, devendo seguir o feito até seu desfecho regular.

Se o juiz receber a denúncia ou queixa, designará, desde já, dia e hora para a audiência (diante da redação do art. 399 do CPP, pode-se entender também que a designação de audiência ocorrerá apenas após a resposta à acusação), ordenando a intimação (o termo técnico mais preciso seria notificação, pois se trata de comunicação processual para ato futuro) do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 399, *caput*, do CPP). Assim, ao receber a denúncia ou queixa, deverá o juiz fazer três comunicações ao réu:

a) citação, para que tome conhecimento da imputação que lhe pesa sobre os ombros e para que apresente defesa resposta à acusação;

b) intimação (notificação) para que apresente defesa (resposta à acusação); e

c) intimação (notificação) para comparecimento à audiência (caso já seja designada de imediato), ocasião em que inclusive será interrogado.

Então será preciso que o juiz, ao fixar a data para a audiência, leve em conta o tempo necessário para que o réu seja citado e apresente resposta à acusação, e ainda para que eventual exceção oposta pelo réu seja analisada, o que pode tomar mais de um mês. Se o acusado estiver preso, será – além de ser citado e notificado – requisitado para comparecer à audiência, no âmbito da qual será realizado, dentre outros atos, o interrogatório (art. 399, § 1º, CPP).

Ao menos em teoria, inovação realmente interessante é a vinculação do juiz que presidiu a instrução ao julgamento da causa: “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” (art. 399, § 2º, CPP). Antes da lei sob análise, a jurisprudência brasileira era pacífica no sentido de que não havia, no Processo Penal, o princípio da identidade física do juiz, e, por isso, não se anulava sentença que foi proferida por juiz que não acompanhou a instrução criminal (por todos, vide STJ – 5ª Turma – HC 72.043 – Rel. Min. Laurita Vaz – j. 13.12.07). Trata-se agora de estender ao processo penal a regra do processo civil (princípio da identidade física do juiz – materializado no art. 132 do CPC).

No Processo Civil, o princípio da identidade física não é absoluto, pois “o juiz convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado não fica vinculado ao feito” (art. 132, *caput*, do CPC), ficando fragilizado, tantas são as exceções consagradas na lei e na jurisprudência do STJ. De fato, interpretando a lei processual civil, o STJ entende que não ficam vinculados ao feito os juízes de férias²⁰, removidos²¹ ou com designação cessada para atuar na vara como cooperadores, auxiliares ou substitutos²².

20. STJ – 3ª Turma – RESP 134.678 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 02.03.98. Ali, entendeu-se que férias são modalidade de afastamento – art. 102, I, da Lei n. 8.112/90.

21. STJ – 4ª Turma – RESP 121.362 – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJ 19.12.97.

22. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado*. 2. ed. SP: RT, p. 557, nota n. 4 ao art. 132 do CPC.

Como a nova norma processual penal não fez remissão à lei processual civil (diferentemente do que ocorreu com a citação com hora certa, pois, ali, o legislador determinou expressamente a aplicação dos arts. 227 a 229 do CPC), entendemos que, para a fixação do alcance do princípio da identidade física do juiz, agora introduzido no Processo Penal, pode até o intérprete se valer, inicialmente, das lições já consolidadas da lei, doutrina e jurisprudência do Processo Civil. No entanto, deve-se buscar uma eficácia mais significativa do tal princípio (em contraste com o seu amesquinamento no Processo Civil), observando-se ainda as peculiaridades existentes quando a pretensão veiculada no processo tem cunho penal. Isso porque diferenças há, bastando citar duas: a possibilidade de o réu estar preso e a possibilidade de prescrição de prescrição da pretensão punitiva estatal.

Com base nesses critérios, a nosso ver as exceções ao princípio da identidade física do juiz, no Processo Penal, em nosso entendimento, devem ser as seguintes:

a) juiz que presidiu a instrução e, antes da sentença, foi promovido a desembargador ou ministro de tribunal, e assume o cargo, antes da sentença, não fica vinculado ao feito, porque passa a atuar em outra esfera hierárquica da jurisdição;

b) juiz que presidiu a instrução e, antes da sentença, aposentou-se, exonerou-se ou perdeu o cargo não fica vinculado ao feito, porque os casos acima citados constituem hipóteses de perda da jurisdição;

c) no caso de réu preso, juiz que presidiu a instrução e, no período de suas férias ou outro afastamento, os autos são feitos conclusos para sentença, não fica vinculado ao feito, devendo a sentença ser proferida pelo juiz substituto (caso contrário, o processo, com réu preso, ficaria parado, por até 30 dias, ou mais, em caso de afastamento mais prolongado, aguardando o retorno do juiz que colheu a prova);

d) no caso de pretensão punitiva prestes a se extinguir, pela prescrição, juiz que presidiu a instrução e, no período de suas férias ou outro afastamento, os autos são feitos conclusos para sentença, não fica vinculado ao feito, devendo a sentença ser proferida pelo juiz substituto (caso contrário, pode haver a extinção da punibilidade, caso se aguarde o retorno do juiz que presidiu a instrução); e

e) o juiz que cumpriu carta precatória para realização de interrogatório ou oitiva de ofendido, testemunha ou perito, ainda que colha a prova, não sentencia, pois sua competência é restrita à prática dos atos deprecados, dentre eles não se incluindo a prolação da sentença.

Por outro lado, impõe-se a vinculação do juiz penal que instruiu o feito à prolação da sentença nos outros casos. Assim, o princípio da vinculação terá plena aplicação nas seguintes hipóteses:

a) juiz que instruiu o feito, com réu solto e sem perigo de prescrição da pretensão punitiva, e é afastado por férias ou outro motivo, sendo os autos

conclusos para sentença durante esse afastamento: os autos devem aguardar o retorno do juiz afastado, o qual prolatará a sentença;

b) juiz que, em regime de cooperação, auxílio ou substituição, presidiu a instrução do feito e, por ocasião da conclusão dos autos para sentença, já tinha cessada a sua designação para cooperação, auxílio ou substituição: o juiz que colheu a prova fica vinculado ao feito, ainda que atualmente lotado em outra unidade judicial;

c) juiz que, quando titular de uma unidade judicial, presidiu a instrução do feito e, por ocasião da conclusão dos autos para sentença, já havia sido removido para outra vara: ainda assim, fica ele vinculado ao feito.

Finalmente, em caso de presidência da instrução criminal por juízes diferentes (por exemplo, um deles toma as declarações da vítima e de uma testemunha, e, na continuação da audiência una, em data diversa, juiz diferente colhe os depoimentos de duas testemunhas que faltavam e realiza o interrogatório), é razoável que qualquer um deles possa sentenciar. Assim, o juiz lotado na vara criminal na data da conclusão dos autos para sentença deve ser o competente para proferir essa sentença. Por isso, não nos parece razoável o critério segundo o qual é o juiz que colheu o último elemento de prova que deverá sentenciar (regra do art. 132, do CPC), ou o que colheu o maior número de depoimentos.

Na audiência una, denominada pela lei de "audiência de instrução e julgamento" (art. 400, *caput*, CPP), a idéia é a de que todas as provas sejam produzidas de uma só vez ("as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias", art. 400, § 1º, CPP). Trata-se de iniciativa elogiável, ao menos no plano teórico, pois visa a concretizar os princípios da oralidade, da imediatidade do juiz com a prova e da concentração na realização de atos processuais. Na prática, contudo, sabe-se que tal não ocorrerá com tanta frequência (nem nos juizados especiais criminais tal concentração vem ocorrendo). É que, sem o comparecimento de todas as testemunhas e vítimas, além do réu, ficará inviável a audiência única. No procedimento ordinário, a audiência deverá ser realizada no prazo máximo de 60 dias (não se especifica a partir de quando se conta o prazo, mas se pode deduzir que a contagem se faz a partir do despacho do juiz designando a audiência). Eis a ordem de realização dos atos processuais na audiência (art. 400, *caput*, CPP):

a) tomada de declarações do ofendido;

b) inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o caso de pessoa residente fora da comarca, que deverá ser ouvida mediante carta precatória (art. 222, CPP), podendo ser ouvidas até 8 testemunhas arroladas pela acusação e 8 pela defesa (art. 401, *caput*), não se computando nesse número as que não prestam compromisso e as referidas (art. 401, § 1º, CPP). Ainda a respeito da inquirição das testemunhas, as partes poderão desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 do Código, que trata da possibilidade de o juiz, quando julgar necessário, decidir ouvir outras testemunhas, além das

indicadas pelas partes testemunhas “do juízo” (art. 400, § 2º, CPP). O legislador perdeu a oportunidade de consagrar no texto legislativo o princípio da comunhão da prova, sendo que uma das conseqüências desse princípio é que a prova proposta por uma das partes passa a integrar o processo, não podendo haver desistência unilateral de provas. Preferiu-se prestigiar o entendimento de que a prova se destina a demonstrar as alegações das partes individualmente consideradas, e não são provas “do processo”²³;

c) esclarecimentos dos peritos, que dependerão de requerimento prévio das partes (art. 400, § 2º, CPP);

d) acareações;

e) reconhecimento de pessoas e coisas;

f) interrogatório do acusado: como se vê, o interrogatório passa a ser realizado após a oitiva de ofendido, testemunhas e peritos, na mesma audiência. O deslocamento do interrogatório para o final do procedimento apresenta vantagens e desvantagens para o réu. De fato, de um lado o réu poderá decidir se fica em silêncio e, optando por narrar sua versão pessoal sobre o fato, poderá decidir se confessa ou não a prática do delito, tudo isso na confortável posição jurídica de saber o que as vítimas e testemunhas já disseram em juízo. Por outro lado, pode-se argumentar que o advogado (especialmente o defensor dativo e o defensor público) terão dificuldades de contato com o réu preso, encontrando-se com ele apenas por ocasião da audiência uma, quando a fase para apresentação de resposta à acusação e, conseqüentemente, do rol de testemunhas, já terá sido ultrapassada. Para solucionar esse problema, em casos excepcionais, devidamente justificados, nada impedirá que a testemunha eventualmente indicada pelo réu em seu interrogatório, a partir do material probatório surgido na audiência, seja ouvida como testemunha do “juízo”. Problema que pode surgir com a transferência do interrogatório para o final do procedimento: em caso de pluralidade de réus defendidos pelo mesmo advogado, pode ser que eventual conflito de defesas (o que ocorre, por exemplo, quando a conduta delituosa é imputada pela acusação a apenas um dos réus, sendo que um réu atribui ao outro a autoria do crime – STJ – 5ª Turma – HC 32.823 – Rel. Min. Gilson Dipp – j. 21.09.04) somente seja constatada após os interrogatórios, ou seja, imediatamente antes dos debates orais, obrigando o juízo ao refazimento de atos processuais já praticados, para se evitar qualquer irregularidade que possa conduzir à nulidade do processo. Questão interessante: pode o interrogatório ser realizado por carta precatória? Sem dúvida, o ideal é que o interrogatório seja ouvido pelo juiz que o sentenciará, até mesmo para que se prestigie o recém introduzido princípio da identidade física do juiz no Processo Penal; no entanto, tal qual ocorria anteriormente, haverá situações em que a realização do interrogatório pelo juiz natural é

23. Ressalte-se que as inquirições serão realizadas diretamente pela parte que arrolou as pessoas a serem ouvidas, seguindo-se a inquirição cruzada pela parte contrária (art. 212, *caput*, do CPP, com redação definida pela Lei n. 11.690/08). Apenas de forma supletiva, e após as partes, é que o juiz também inquirirá as testemunhas (art. 212, parágrafo único, do CPP, com redação definida pela referida lei).

inviável, impondo custos econômicos desarrazoados ao réu ou ao Estado, viabilizando-se, assim, o interrogatório por carta precatória. A cautela adicional que o juízo deprecante deve adotar, agora, é a de entabular comunicações com o juízo deprecado, para que o interrogatório deprecado só seja realizado após a finalização da colheita da prova oral restante no juízo deprecante, sob pena de indevida inversão de atos processuais, o que pode ensejar a nulidade do processo;

g) requerimento de diligências pelo Ministério Público, querelante, assistente e, a seguir, acusado, desde que a necessidade das diligências se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (art. 402, CPP). Não há, aqui, alterações relevantes em relação ao antigo art. 499, CPP (redação original), que previa as diligências complementares. A única diferença consiste no fato de que as diligências serão requeridas em audiência, e não mais no prazo de 24 horas. Se, no entanto, for ordenada diligência considerada imprescindível, de ofício, ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais (art. 404, *caput*, CPP). Na maioria das vezes é isso que ocorrerá, pois a grande maioria das diligências requeridas pelas partes envolve a colheita de elementos de prova que influirão nos argumentos que estarão contidos nas alegações finais e na fundamentação da sentença. É o caso, por exemplo, da vinda de um laudo de avaliação econômica de objeto subtraído, que poderá fazer que um furto seja considerado privilegiado pelo pequeno valor da coisa; da vinda de um esclarecimento da folha penal sobre eventual trânsito em julgado de uma condenação anterior, o que poderá ensejar a caracterização da reincidência; ou da vinda de um laudo de exame documentoscópico que poderá determinar a existência ou não de falsidade em documento, o que pode interferir na tipicidade do fato em apuração. Com isso, praticamente se inviabiliza a idéia do legislador de debates que se seguem imediatamente à colheita de provas. Nesse caso, as partes terão vista sucessiva dos autos, por 5 dias, para apresentação de memoriais, e, depois disso, em até 10 dias, o juiz profere sentença (art. 403, § 3º, CPP).

h) superada a fase de requerimentos de diligências (por ausência de requerimentos ou tendo em vista seu indeferimento), seguem-se alegações finais por 20 minutos para a acusação e 20 minutos para a defesa, prorrogáveis por mais 10 minutos (art. 403, *caput*, CPP), sendo que, havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual (art. 403, § 1º, CPP). Embora a lei não diga isso, em homenagem ao princípio constitucional do contraditório (paridade de armas e iguais oportunidades de se desincumbir de seu ônus processual), havendo mais de um acusado, o tempo destinado à acusação também deverá ser individual, pois seria desproporcional conceder tal benefício à defesa e não à acusação. Aliás, no novo procedimento do júri (art. 411, § 5º, do CPP, com redação conferida pela Lei n. 11.689/08), há previsão expressa de aumento do tempo também para a acusação. O assistente do Ministério Público se manifestará após este, por até 10 minutos, prorrogando-se por igual tempo a manifestação da defesa – quando houver assistente – art. 403, § 2º, CPP). A possibilidade dada ao juiz tendo em vista a complexidade do caso ou o número de acusados de conceder às partes prazo de 5 dias sucessivos para apresentação de memoriais, proferindo depois a sentença, em 10 dias, praticamente sepulta o objetivo do legislador de fazer com que a

instrução seja toda colhida em audiência, com imediato debate e prolação de sentença (art. 403, § 3º, CPP)

i) segue-se a prolação da sentença (art. 403, *caput*, CPP).

j) lavra-se termo de audiência assinado pelo juiz e pelas partes, com breve resumo dos fatos relevantes ali ocorridos (art. 405, *caput*, CPP), sendo que, sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações (art. 405, § 1º, CPP) e, no caso de registro por meio audiovisual, será encaminhada às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição (art. 405, § 2º, CPP). A intenção do legislador é boa, porque leva à economia de tempo que seria gasto na redução a termo dos depoimentos, declarações e interrogatórios. No entanto, o registro dos atos processuais em meio magnético só seria realmente útil se, efetivamente:

a) houvesse colheita de toda a prova oral em uma só audiência (o que, na prática, não ocorrerá, na maioria dos casos, devido à ausência de alguma ou algumas das pessoas que deve ser ouvidas em audiência, quer por falta de apresentação, pela escolta, quer por motivo de força maior ou mera desídia da pessoa que deveria comparecer ao ato);

b) todos os processos chegassem à fase da audiência una devidamente instruídos com os documentos e laudos imprescindíveis às conclusões finais – debates orais – das partes e do juiz – sentença (o que, mais uma vez, não ocorrerá em muitos casos, pois, ainda que as partes diligenciem a todo instante e o juiz correicione os autos periodicamente, nada garante que, na data apazada para a audiência, os documentos que interessam a todos estarão mesmo juntados aos autos); e

c) houvesse debates orais e prolação de sentença em todas as audiências (o que dificilmente será a regra, quer porque as pautas dos juízos criminais estão constantemente assoberbadas, quer porque, em muitos casos, a complexidade dos processos inviabilizará esses debates orais). Não se resolvendo todos os atos processuais em audiência, a vantagem do registro dos depoimentos, declarações e interrogatórios em meio magnético fica reduzida, pois as partes e o juiz terão que ouvir, em seus respectivos gabinetes, todas as gravações, o que tomará muito mais tempo do que simplesmente ler um depoimento reduzido a termo. Isso sem falar que, em caso de recurso, a tendência é que os Tribunais demorem mais ainda a julgá-los, justamente pela necessidade de ouvir os vários depoimentos, declarações e interrogatórios que virão em meio magnético, às vezes tendo que retroceder a gravação para que sejam ouvidos novamente alguns trechos e para a formação da convicção necessária para se dar ou não provimento ao recurso.

Se o réu tiver direito à suspensão condicional do processo, de acordo com os critérios do art. 89 da Lei n. 9.099/95, haverá três soluções:

a) na audiência, após a oitiva de ofendidos, testemunhas e peritos, e antes de se realizar o interrogatório, faz-se ao réu a proposta de suspensão condi-

onal do processo. Caso ele aceite a proposta, não haverá necessidade de realização de interrogatório. Caso não aceite, o interrogatório se realiza. Essa solução não é boa, porque, em muitos casos, haverá desperdício de tempo e energia, com colheita de todas as provas (com exceção da versão pessoal do réu), para só depois ter lugar a suspensão. Ora, um dos objetivos primordiais da suspensão condicional do processo é evitar a instrução criminal e o desgaste de vítimas e testemunhas decorrente do comparecimento a uma audiência judicial, desafogando ainda a pauta de audiências;

b) na audiência, antes da oitiva de ofendidos, testemunhas e peritos, e antes ainda do interrogatório, faz-se ao réu a proposta de suspensão condicional do processo. Caso ele aceite a proposta, não haverá a colheita oral de provas. Essa solução é melhor que a anterior, mas ainda assim acarreta o inconveniente de se notificarem várias pessoas para comparecimento ao juízo criminal, sendo que, na maioria das vezes, essas pessoas sequer serão ouvidas, pois a realidade mostra que quase sempre o réu aceita a proposta de suspensão condicional do processo;

c) antes da audiência uma prevista na lei para colheita da prova oral, designa-se audiência extraordinária, especificamente para a proposta de suspensão condicional do processo. Caso o réu aceite a proposta, não será designada a audiência para colheita de provas. Dentre as soluções apontadas, essa é a melhor. Destaque-se, no entanto, que o réu em hipótese alguma poderá ser interrogado nessa audiência (o que era feito com frequência antes da modificação legislativa), sob pena de inversão processual capaz de gerar a nulidade do processo, pois doravante o interrogatório é ato que só será realizado após a oitiva de vítimas, testemunhas e peritos.

Com as alterações sofridas pelo procedimento ordinário, deixa de existir, como parâmetro para a caracterização de excesso de prazo para conclusão do processo com réu preso, o mítico critério dos "81 dias".

Se for adotado o mesmo raciocínio utilizado para adoção do prazo de 81 dias como referência, o novo parâmetro temporal para conclusão da instrução, com réu preso, deverá levar em conta, necessariamente, no mínimo, os seguintes prazos:

a) de 10 dias, para conclusão do inquérito policial (art. 10, *caput*, CPP), ou de 15 dias, prorrogáveis por mais 15 dias, em se tratando de crime de competência da Justiça Federal (art. 66 da Lei n. 5.010/66);

b) de 5 dias, para oferecimento de denúncia ou queixa (art. 46, *caput*, CPP);

c) de 1 dia (caso se entenda que se trata de despacho de mero expediente – art. 800, III, CPP) ou de 5 dias (caso se entenda que se trata de decisão interlocutória simples – art. 800, II, CPP) para o juiz receber ou rejeitar a acusação;

d) de 60 dias, para a realização da audiência, contados do juízo de admissibilidade da acusação;

e) do número de dias fixados pelo juiz para cumprimento das diligências requeridas pelas partes em audiência (se o caso – novo art. 402, CPP – a lei não estipula o prazo para cumprimento das diligências);

f) de 5 dias para apresentação de memoriais (alegações finais), por parte da acusação (se não o ato não for realizado na própria audiência, em virtude da complexidade do caso ou do número de acusados – novo art. 403, § 3º, primeira parte, CPP);

g) de 5 dias para apresentação de memoriais (alegações finais), por parte da defesa (na mesma hipótese novo art. 403, § 3º, primeira parte, CPP) – se se tratar de réu defendido pela Defensoria Pública ou por órgão de assistência judiciária oficial o prazo é de 10 dias;

h) de 10 dias para prolação de sentença (na mesma hipótese anterior novo art. 403, § 3º, segunda parte, CPP).

Isso sem contar os prazos que o cartório judicial possui para cumprimento das ordens (o escrivão tem prazo de 2 dias para cumprimento de cada ordem judicial – art. 799 do CPP) e os incidentes que podem ter lugar durante a instrução, o que pode alargar ainda mais o prazo razoável, sem caracterização de constrangimento ilegal, para o desfecho do processo com réu preso.

E isso se for considerado que estão embutidas no prazo de 60 dias para realização da audiência várias outras fases processuais, a saber, o prazo de 10 dias para o acusado responder à acusação, podendo se estender por mais 10 dias, para apresentação de resposta pelo defensor dativo, ou por mais 20 dias, se o advogado for defensor público ou de órgão de assistência jurídica oficial – art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50 (caso o acusado não apresente a resposta nem constitua advogado), e ainda o prazo para o juiz decidir sobre absolvição sumária. Se se entender que as referidas fases têm prazos próprios para sua concretização, o prazo para conclusão do procedimento é ainda mais elástico, igualmente sem que se caracterize constrangimento ilegal.

Como se vê, a determinação de prazo razoável para a conclusão da instrução criminal passa a depender de diversos fatores. Então, é temerário que se fixe, à maneira dos sepultados “81 dias”, um prazo peremptório que se considere razoável para a finalização da instrução: esse prazo razoável será variável conforme as peculiaridades do procedimento adotado (se ordinário ou sumário); conforme o réu seja defendido por advogado constituído ou por defensor público (que tem prazo em dobro); conforme a interpretação que se dê ao marco inicial para a contagem do prazo de 60 dias (no procedimento ordinário) ou de 30 dias (no procedimento sumário) para a designação de audiência; e conforme existam incidentes que alonguem o procedimento.

11. PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Algumas regras do procedimento ordinário se aplicam também ao procedimento sumário, a saber, as regras dos arts. 395-397 do CPP (sobre rejeição

da peça acusatória; juízo de admissibilidade da acusação; citação; resposta com apresentação de exceções, documentos e rol de testemunhas até 5, conforme o art. 542 do CPP; possível absolvição sumária). Segue-se a designação de audiência para daí a no máximo 30 dias; após, há colheita de provas em audiência e o debate oral, sendo que acusação e defesa terão 20 minutos, prorrogáveis por mais 10, para as alegações, e o juiz deve proferir, em seguida, a sentença (art. 534, CPP). Havendo mais de um acusado, o prazo para a defesa de cada um será individual (art. 534, § 1º, CPP) – o prazo para a acusação também deverá ser individual, por isonomia e para conferir às partes paridade de armas, e o assistente do Ministério Público, após manifestação deste, terá 10 minutos, prorrogáveis por mais 10 minutos o prazo da defesa (art. 534, § 2º, CPP).

Ainda sobre o procedimento sumário, estipula-se que nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer à audiência (art. 535, CPP). Ocorre que nem sempre a condução coercitiva é possível, pois pode ser que a testemunha ou o ofendido não tenha sido localizado para a audiência, ou então pode ser que a escolta tenha falhado e não tenha conduzido o acusado preso à audiência, só para mencionar as causas mais comuns de adiamento de audiências. Em tais casos, é óbvio que o ato processual será adiado.

Finalmente, quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo, dispõe o art. 538 do CPP que, se houver necessidade de encaminhamento pelo juizado especial criminal ao juízo comum das peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo. As hipóteses de encaminhamento são a complexidade do caso e a não localização do denunciado ou querelado para citação no juizado (art. 66, parágrafo único e art. 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95), e ainda o concurso de crimes, quando a soma de penas máximas superar o patamar de dois anos (Lei n. 11.313/06).

Sendo cabível a suspensão condicional do processo, valem as mesmas observações feitas no tópico acima, quando se tratou do procedimento ordinário.

Quanto ao excesso de prazo, vide observações acima, a respeito do procedimento ordinário, devendo ser feitas as devidas adaptações, decorrentes do fato de que, no procedimento sumário, o prazo para realização da audiência é de 30 dias (e não de 60 dias), e não se prevê requerimento de diligências pelas partes ao fim da audiência.

Pode-se estabelecer o seguinte paralelo entre os novos procedimentos ordinário e sumário:

a) o procedimento ordinário se aplica aos crimes com pena máxima cominada (abstratamente prevista na lei) igual ou superior a 4 anos; o prazo para designação de audiência una (de instrução e julgamento) é de 60 dias; podem ser arroladas até 8 testemunhas por cada uma das partes; após a colheita da prova oral, há previsão de pedido de diligências complementares, a ser formulado pelas partes, na própria audiência; e há previsão de possibili-

dade de conversão dos debates orais em alegações escritas (memoriais), por 5 dias para cada parte; e

b) o procedimento sumário se aplica aos crimes com pena máxima cominada (abstratamente prevista na lei) menor do que 4 anos; o prazo para designação de audiência una (de instrução e julgamento) é de 30 dias; podem ser arroladas até 5 testemunhas por cada uma das partes; após a colheita da prova oral, não há previsão de pedido de diligências complementares pelas partes; e não há previsão de conversão dos debates orais em alegações escritas²⁴.

12. REVOGAÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVOS

Revogaram-se expressamente os seguintes dispositivos do CPP:

a) art. 43 (que tratava das condições da ação penal, tema agora tratado no art. 395);

b) art. 362 (que previa a citação por edital do réu que se ocultava para não ser citado, situação que agora enseja citação com hora certa, nos termos do art. 362, *caput* e parágrafo único, CPP);

c) art. 398 (que previa o número de 8 testemunhas para cada parte do procedimento regra para crimes apenados com reclusão, tema agora previsto no art. 401, *caput*, do CPP, quando o procedimento for o ordinário, podendo cada parte arrolar até 8 testemunhas, e no art. 532, quando o procedimento for o sumário, podendo cada parte arrolar até 5 testemunhas);

d) arts. 498, 499, 500, 501 e 502 (que tratavam do requerimento de diligências, alegações finais e diligências determinadas de ofício pelo juiz antes da sentença, referentes ao procedimento dos crimes apenados com reclusão e de competência do juiz singular), tema tratado agora, com diversas modificações, no art. 394 e seguintes, do CPP);

e) arts. 537, 539, 540; §§ 1º a 4º do art. 533, §§ 1º e 2º do art. 535 e §§ 1º a 4º do art. 538 (que tratavam do procedimento sumário, inclusive prevendo situações esdrúxulas de início do processo penal por portaria do juiz ou da autoridade policial), ressaltando-se que o procedimento sumário vem agora tratado no art. 394, II, e nos arts. 531-538, com várias alterações;

f) art. 594, que tratava da prisão para apelar (prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível);

24. No entanto, cabe observar que, se a audiência se concluiu e ainda pendem de realização diligências essenciais à resolução da causa, logicamente o juiz permitirá a formulação de pedidos das partes. Seguindo a mesma linha de raciocínio, se toda a documentação necessária para o julgamento já estiver juntada aos autos, mas a matéria for complexa (vários crimes, vários réus, extensa documentação), o juiz poderá converter os debates orais em alegações escritas. A busca pela celeridade não pode impedir o exercício do contraditório.

g) §§ 1º e 2º do art. 366 (que tratavam da suspensão do processo quando o réu é citado por edital, tema agora tratado no art. 363).

Desses dispositivos revogados expressamente, vários já não tinham sido recepcionados pela Constituição da República de 1988 (é o caso dos que previam o início do processo criminal pelo juiz – procedimento judicialiforme – ou pelo Delegado de Polícia).

Revista do Ministério Público

ENQUADRAMENTO: Art. 1.228 do Código Civil trata da suspensão do processo, art. 1.229 do Código Civil trata da suspensão do processo, art. 1.230 do Código Civil trata da suspensão do processo, art. 1.231 do Código Civil trata da suspensão do processo, art. 1.232 do Código Civil trata da suspensão do processo.

Justiça suspensa

No art. 1.228 do Código Civil, que trata da suspensão do processo, há uma referência ao art. 1.229 do Código Civil, que trata da suspensão do processo, e ao art. 1.230 do Código Civil, que trata da suspensão do processo, e ao art. 1.231 do Código Civil, que trata da suspensão do processo, e ao art. 1.232 do Código Civil, que trata da suspensão do processo.

Com efeito, além de ser uma norma de caráter geral, o art. 1.228 do Código Civil trata da suspensão do processo, e o art. 1.229 do Código Civil trata da suspensão do processo, e o art. 1.230 do Código Civil trata da suspensão do processo, e o art. 1.231 do Código Civil trata da suspensão do processo, e o art. 1.232 do Código Civil trata da suspensão do processo.

Nada obstante, é preciso considerar que o art. 1.228 do Código Civil trata da suspensão do processo, e o art. 1.229 do Código Civil trata da suspensão do processo, e o art. 1.230 do Código Civil trata da suspensão do processo, e o art. 1.231 do Código Civil trata da suspensão do processo, e o art. 1.232 do Código Civil trata da suspensão do processo.

¹ Este artigo encontra-se no Código Civil de 1916, art. 1.228.
² O art. 1.229 do Código Civil trata da suspensão do processo, e o art. 1.230 do Código Civil trata da suspensão do processo, e o art. 1.231 do Código Civil trata da suspensão do processo, e o art. 1.232 do Código Civil trata da suspensão do processo.