

Recurso Oficial do art. 411 do C.P.P. Não conhecimento. Banimento daquela modalidade recursal em face da nova ordem constitucional em razão do disposto no art. 129, I, da Constituição Federal

Proc. n° 2439/89

Recursos ex officio e em Sentido Estrito.

Recorrentes: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal – II Tribunal do Júri e Ministério Público.

RAZÕES E CONTRA-RAZÕES MINISTERIAIS

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,
Excelsa Procuradoria:

Denunciado por ter causado a morte de *Flávio Doganelli*, efetuando contra o mesmo disparos de arma de fogo, foi absolvido sumariamente pela ilustrada Presidência do II Tribunal do Júri, porquanto entendeu o julgador presentes os requisitos que constituem a dirimente da legítima defesa.

Por força de sua decisão, fulcrada no artigo 411 do C.P.P., o prolator dela recorreu *ex officio*, tendo este órgão ministerial também interposto recurso por outras razões, porém.

Inobstante reconhecer que o ilustre prolator da decisão de fls. 173/183, fundamentou-a na expressão literal da lei, há de se verificar que a mesma não merece obediência, vez que o dispositivo citado na decisão é de manifesta inconstitucionalidade, seja quanto a permitir a subtração do júri de um julgamento por crime doloso contra a vida, seja mesmo quanto a admitir recurso *ex officio*.

Vejamos.

Preliminar de não conhecimento do recurso oficial

O advento da Constituição Federal em outubro de 1988 modificou a sistemática processual no que se refere à ação penal, fazendo privativa do Ministério Público não somente a propositura das ações penais, bem como a interposição dos recursos a elas inerentes, pelo que há que se considerar afastado do nosso ordenamento processual penal os recursos de ofício e os interpostos pelas chamadas partes assistentes, isto se admitirmos que o novo texto constitucional ainda permite a assistência prevista no art. 268 do C.P.P.

Com efeito, o disposto no art. 129, I, da Constituição Federal, caracteriza o aspecto privativo da persecução penal como atributo do Ministério Público. A nova ordem, por isso, ao invés de recepcionar dispositivos da legislação ordinária, derogou-os face a evidente incompatibilidade.

Sabe-se polêmica a questão, mas há de ser enfrentada sem o receio do novo.

Os próprios tribunais do país já enfrentaram a hipótese, merecendo destaque duas decisões provenientes da Justiça gaúcha e da fluminense:

“RECURSO EX -OFFICIO ” – Revogação pelo art. 129, I, da CF – Norma que banii da administração da Justiça Criminal o sistema inquisitivo e implantou o sistema acusatório – Titularidade recursal exclusiva do Ministério Público quando pública a ação penal.

Com o advento da nova Constituição Federal banii-se da administração da Justiça Criminal o sistema inquisitivo e implantou-se o sistema acusatório, cuja característica principal é, exatamente, a repartição, entre órgãos autônomos diversos, das funções de acusar e de julgar. Com efeito, é o que dispõe expressamente o art. 129, I, da CF ao estabelecer constituir função institucional do Ministério Público promover privativamente a ação penal pública.

Assim, constituindo a apelação de ofício forma de iniciativa da ação penal e sendo esta, quando pública, privativa do Ministério Público, segue-

se como tendo sido revogadas pelo art. 129, I, da CF as normas que obrigam os juizes a recorrer de ofício (arts. 574, I e II, do CPP e 7º da Lei 1.521/51) pela excrecência jurídica que encerram e pela dicotomia decorrente do princípio processual. (Red.)

Ementa oficial: Habeas corpus. Recurso obrigatório da decisão judicial trancadora da ação penal pública. Concedido o habeas corpus de ofício para os fins de trancamento da ação penal, não mais se impõe o recurso obrigatório. Pela sistemática constitucional vigente, dada a titularidade exclusiva da iniciação da ação penal pública, só é admissível a apelação voluntária, cuja iniciativa é das partes interessadas. Não conheceram do recurso ex officio”.

“Reabilitação. Não se conhece de recurso de ofício”.

O primeiro acórdão, da lavra dos Juizes integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, em decisão unânime (RT-659/307), teve por fundamento, dentre outros, para considerar revogado todo e qualquer recurso obrigatório, o seguinte: *assim, pelos mesmos argumentos, ocorre em relação a todo recurso obrigatório (incs. I e II, do art. 574, CPP), pela excrecência jurídica que encerra e pela dicotomia decorrente do princípio processual, já alertadas por insignes Mestres pátrios (Alfredo Buzaid, Frederico Marques, Evandro Lins e Silva, além de outros não menos renomados). Destarte, em se tratando de incompatibilidade horizontal, opera-se a revogação da regra processual penal vigente em outubro/88 ao ditame constitucional, como ensina a melhor doutrina e como vem entendendo esta Corte apelativa, ao não conhecer dos referidos recursos.*

A outra decisão, datada de 1993, também resultado de acórdão unânime proferido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando do julgamento do Recurso Criminal Ex Officio nº 38/92 e interposto pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Itaperuna, foi motivada pelo parecer da lavra do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Sergio Demoro Hamilton, conforme consta do extrato da ata de julgamento, *verbis*: “ACORDAM os Desembargadores da Terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Assim decidem acolhendo o Parecer do Dr. Procurador de Justiça, cujos fundamentos passam a integrar o presente acórdão, na forma regimental.”

Por acreditar que as palavras do citado Procurador são melhores quando transcritas do que comentadas, prefere-se repeti-las integralmente na parte em que aborda o tema em questão:

"Egrégia Câmara:

1.

.....

2. *Do não-conhecimento do recurso.*

Acertadamente o Dr. Juiz, na dúvida, recorreu de ofício, evitando eventual nulidade (art. 564, III, "n" do CPP), tendo em conta a divergência existente sobre a permanência ou não do recurso ex officio em nosso processo penal.

Tenho para mim que ele não mais subsiste em nosso direito processual penal.

O art. 129, inciso I da Constituição Federal extinguiu o recurso de ofício. Quando do exame de recurso do assistente de acusação na hipótese contemplada no art. 598, parágrafo único do CPP, por mais de uma vez, já sustentei perante esta Câmara que recurso é ação e se a ação pública é privativa do Ministério Público não mais pode subsistir aquele recurso e, por via de consequência, o recurso de ofício.

*Quando do parecer ofertado na apelação criminal n° 114/90 (entre outras) procurei demonstrar que o recurso prorroga a ação penal pública. Em consequência, somente o Ministério Público pode, mediante recurso, prorrogar a ação penal pública. Se ele não o fez, não pode o juiz proceder de ofício sob pena de violar o princípio **ne procedat iudex ex officio**. Seria o caso de "jurisdição sem ação", para invocar a célebre expressão de Carnelutti.*

Sobre o tema, veja-se excelente trabalho do Professor Marcellus Polastri Lima in "Livro de Estudos Jurídicos", n° 03, págs. 262/263, onde, inclusive, faz

referência expressa ao parecer acima referido, para minha honra, endossando o acerto jurídico da posição ali defendida.

Aliás, em relação ao art. 574 do CPP já há julgados no sentido de que a Constituição Federal (art. 129, inciso I) extinguiu o recurso de ofício (Cf. TARS, HC 289.047.037 e RT 659/305 apud CPP Anotado, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 365, Saraiva, 1991).

No particular, em relação ao caso específico da reabilitação, temos, igualmente, decisões no sentido da insubsistência do recurso oficial: TACRIMSP, RT 601/347 e 606/352; TJMG. RP 5368 e RT/637/297, apud op. cit. pág. 453.

Ignoro, porém, as razões destas quatro últimas decisões, já que não tive a oportunidade de examinar os seus fundamentos.

Celso Delmanto, por outras razões que não as que, no meu entendimento, são as fundamentais (derrogação Constitucional por força do art. 129, I, da CF/88), salientava, igualmente, a extinção do recurso oficial, salientando que "a reabilitação não é mais, como antigamente, causa de extinção da punibilidade" não mais cabendo recurso em sentido estrito da decisão que a denegue; só apelação (art. 593, II do CPP). E concluía: a melhor posição é a de que não há mais recurso de ofício (Cf. CP Anotado, Celso Delmanto, pág. 160, Edição Renovar, São Paulo, 1988). E citava farta jurisprudência em prol da sua posição: TFR RC 1.222, DJU 02.4.87, p. 5657; RC 1221, DJU 12.06.86, p. 10.305; TACRIMSP, RC 406.523, RT 601/348 apud op. cit., pág. 160.

Pelas razões acima expostas (derrogação Constitucional do recurso oficial – art. 129, I da CF), entendo que o recurso não pode ser conhecido."

A Constituição Federal não apenas derogou a norma processual autorizadora dos recursos oficiais, como inclusive afastou do nosso ordenamento processual a possibilidade da assistência também interpor recurso.

Tal entendimento já vem sendo expresso em casos concretos, como se constata da leitura do parecer da lavra do não menos ilustre Procurador de Justiça **Telius Alonso Avelino Memória**, oferecido na apelação em curso na Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal (Proc. 49.959), em hipótese de condenação por prática criminosa de estelionato.

Asseverando o insigne Procurador que promover é dar impulso, fomentar, entendeu que o assistente de acusação é parte ilegítima para promover a ação penal pública, face à regra geral contida no art. 129, I, da Constituição Federal, e que recurso ou apelo da assistência é ato de promoção da ação penal pública, uma vez que recurso é ação e ato de impulso, "eis que provoca a jurisdição em segundo grau, tanto na parte que pretende a exacerbação da pena do réu condenado quanto na parte que pretende obter a condenação do acusado absolvido".

O entendimento do colega do *Parquet* tem por base sua observação de que a Constituição Federal de 1988 "inovou e revogou todas as leis ou artigos de lei que permitiam atos de promoção da ação penal pública a particulares, juízes ou autoridades policiais, tais como a Lei nº 4.611/65 ou o art. 126 do Cód. de Proc. Penal. O art. 29 deste diploma continua vigente, porque a Constituição permitiu expressamente a ação privada em crime de ação pública, se esta não for intentada no prazo. Mas esta exceção é aberta pela própria Constituição, pois só a ela cabia excepcionar a sua regra geral disposta no art. 129, I. É a exceção que confirma a regra (C.F., art. 5º, LIX)".

Assim, como o recurso da assistência é ato de promoção da ação penal pública que não está contido na exceção constitucional referida, é que se deve ter como revogado o dispositivo processual que o autorizava.

Convém observar que o Procurador **Telius Memória** fez claro em seu parecer que a sua pretensão não é a de afirmar "que o instituto da assistência foi abolido do direito penal", porquanto, ainda em seu entender, "poderá o assistente coadjuvar o Ministério Público na ação penal, mas jamais a impulsioná-la por ato exclusivamente seu, "senão praticando-o em colaboração ao órgão fiscal".

Ressalve-se que enquanto o Procurador **Telius Memória** admite a atuação da assistência à acusação, igual entendimento não possui outro colega do Ministério Público fluminense, **Marcellus Polastri Lima**, Promotor de Justiça (in A ASSISTÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988—

Livro de Estudos Jurídicos, nº 3, IEJ, págs. 257/266) que após lembrar que o termo **privativo** utilizado pelo Constituinte significa peculiar, próprio ou particular, e por isso não admite restrições, “pois o que é privativo é totalmente particular, ou deixará de sê-lo”, concluiu ser totalmente incabível “a ingerência da parte privada na ação penal pública, frente ao novo dispositivo constitucional, requerendo em forma de promoção, inclusive com legitimidade para interpor recursos”. Daí porque os dispositivos pertinentes à assistência ao Ministério Público, na sua forma de ver, não foram recepcionados pela Constituição de 1988, o que leva a admitir as suas revogações.

Destarte, há que se constatar a total impertinência do recurso oficial interposto pelo Juiz da 2ª Vara Criminal, porquanto foi interrogado o dispositivo processual que o abrigava, não podendo, assim, ser conhecido. Admitido, porém, o seu conhecimento, incorreta está a absolvição sumária decretada, porque também decorreu de dispositivo legal que consideramos igualmente inconstitucional, vez que afronta a soberania do júri assegurada pelo legislador constituinte.

Preliminar de inconstitucionalidade ou revogação do art. 411 do C.P.P.

O atual Código de Processo Penal – Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – elaborado durante a vigência da Carta de 1937, a qual **omitia o Tribunal do Júri**, traçou normas atinentes a organização, composição, funcionamento e competência do Júri, consoante se verifica nos arts. 406 *usque* 497 e 74, § 1º (parágrafo com redação determinada pela Lei nº 263/48) da aludida lei adjetiva penal.

É importante sublinhar que naquela época (1941) não existia qualquer norma constitucional fixando a competência do Tribunal do Júri, deixando a matéria subordinada às leis ordinárias.

Com a promulgação da Constituição Federal de 16 de setembro de 1946, o Júri mais uma vez passou a ter agasalho constitucional, *verbis*:

“É mantida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número de seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. (art. 141, § 28)

Tal mandamento se repetiu com ligeiras modificações de redação nos textos constitucionais de 1967 e na Emenda nº 1/69, e recebeu acentuada força com o texto vigente quando, além de ser assegurado à instituição do júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, expressamente garantiu a plenitude de defesa de quem for acusado por crime dessa natureza (conforme art. 5º, inciso XXXVIII, letras *a* e *d*).

Vejamos os dispositivos constitucionais citados:

Constituição da República de 1967

“São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (art. 150, § 18);

Emenda Constitucional nº 1 de 1969

“É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (art. 153, § 18);

Constituição Federal de 1988

“É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;*
- b) o sigilo das votações;*
- c) a soberania dos veredictos;*
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;” (art. 5º, XXXVIII).*

Inobstante pensar de maneira contrária, o eminente **Ary de Azevedo Franco**, em seu *O Júri e a Constituição Federal de 1946*, lembra o entendimento do Senador cearense **Olavo Oliveira**, no sentido de que desapareceu do ordenamento jurídico a absolvição sumária em face do § 28, do art. 141, da Constituição de 1946, isto porque o referido texto reservou *“proposital e obrigatoriamente para o Júri, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, regra de natureza auto-executável, como a considerou, em sucessivos acórdãos, o Supremo*

Tribunal Federal, bastava para revogar, por si própria, o art. 411 do Cód. de Proc. Penal, à semelhança do que ocorreu com o art. 608 do mesmo diploma. Desapareceu, assim, desde então, a absolvição sumária ou "in limine", o reconhecimento, pela justiça togada, nos crimes da competência do Júri, das dirimentes e justificativas militantes a favor do réu, passando o seu julgamento a ser forçosamente do Tribunal popular. Os arts. 411 e 412 do Cód. de Proc. Penal colidem manifestamente com o art. 2º da Lei nº 263, de 23 de fevereiro de 1948, e com o final do art. 141, § 28, da Constituição Federal: estão revogados para todos os efeitos" (Ob. Cit., págs. 100/101).

Portanto, claramente se verifica que todas as Constituições que vieram posteriormente ao Código de Processo Penal, estabeleceram privativamente ao Júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Logo, qualquer disposição ordinária *anterior* que disponha de maneira diversa estará *revogada*, de acordo com o entendimento de constitucionalistas do porte de **Paulo Brossard**, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, ou contaminada pelo vício da INCONSTITUCIONALIDADE, como sustenta, dentre outros, o também Ministro do Supremo Tribunal Federal **Celso Mello**.

Temos como certo que a não recepção do art. 411 do C.P.P. pelos textos constitucionais de 1946, 1967, por a Emenda nº 1/69 e, principalmente, a Carta de 1988 se traduziu em efetiva **ab-rogação** daquele dispositivo, afastando de maneira absoluta do nosso ordenamento jurídico-processual as chamadas **absolvições própria e imprópria**.

O problema surge exatamente quando o art. 411 do Código de Processo Penal autoriza o juiz de direito a julgar os crimes dolosos contra a vida quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu (arts. 20, 22, 23, 26 e 28, § 1º, do Código Penal).

Art. 411 do C.P.P.:

"O juiz absolverá desde logo o réu, quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º do Código Penal), recorrendo, de ofício, da sua decisão. Este recurso terá efeito suspensivo e será sempre para o Tribunal de Apelação." (Obs. Referência a dispositivos originais do Código Penal, v. Arts. 20, 22, 23, 26 e 28, § 1º do mesmo Código, consoante alterações introduzidas pela Lei nº 7.209/84) – grifamos.

Assim, acertada, a nosso ver, a conclusão do então Defensor Público e hoje magistrado fluminense **Fábio Uchôa Pinto de Miranda Montenegro**, a quem muitas vezes tivemos a honra de enfrentar como *ex adverso* nas tribu-

nas do Júri, que, em razões de recurso em sentido estrito em processo que tramitou perante o II Tribunal do Júri (processo nº 2.641/89), sustentou: *"Parece, insofismavelmente, ante a clareza da Lei Maior, que o aludido art. 411 tornou-se INCONSTITUCIONAL desde a promulgação da Constituição de 1946, que, conforme acima salientado, determinou a obrigatoriedade do julgamento dos crimes dolosos contra a vida pelo Júri"*.

O processo versava sobre um homicídio sob a forma tentada que resultou na absolvição sumária, com aplicação de medida de segurança de internação em manicômio judiciário, decisão essa contra a qual se insurgiu a nobre Defensoria Pública, que pretendia submeter o réu ao julgamento popular e convencer o Júri de que, inobstante a incapacidade mental do seu assistido, a hipótese penal era de lesão corporal, o que poderia permitir a aplicação menos rigorosa da medida de segurança com o tratamento ambulatorial.

De fato, cremos que a sentença que absolve sumariamente o acusado em razão de comprovada irresponsabilidade é de natureza condenatória porque impõe uma pena, devendo-se ver que os limites desta podem ser indefinidos.

A incompetência do Juiz togado para a matéria é, a nosso ver, manifesta, e as conseqüências da imposição de uma medida de segurança decorrente da absolvição liminar, muitas vezes injusta.

Como poderia, a exemplo do processo acima referido, uma pessoa acusada de um homicídio sob a forma tentada obter a desclassificação típica do seu ato para o crime de lesões corporais leves, que, em caso de incapacidade mental, lhe permitiria a sua submissão a tratamento ambulatorial, em vez de uma internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (conforme art. 97, do C.P.), se, com a absolvição sumária, o juiz obriga-se a impor a medida de segurança com base na sanção abstratamente prevista para o fato tipificado na denúncia?

O eminente Prof. **Fernando da Costa Tourinho Filho**, defendendo a existência do art. 411 do C.P.P., salienta que:

"... se o juiz não pudesse agir de conformidade com o Art. 411, mesmo havendo causa excludente de culpabilidade ou antijuridicidade, que julgaria o Tribunal do Júri? Apenas um fato coberto com o manto da licitude ou um fato isento de pena. É claro que o juiz natural, nos crimes dolosos contra a vida, é o Tribunal do Júri, mas, se o fato é lícito ou isento de pena, não há cuidar-se de crime..." (grifamos).

"Note-se, ademais, que o legislador constituinte inseriu a instituição do Júri no capítulo pertinente aos di-

reitos e garantias individuais, e garantia não haveria pudesse alguém ser levado à barra do tribunal leigo para ser julgado por um ato ilícito.” (Cf. Processo Penal, Vol. 4, pág. 33, 9ª edição, 1986).

O exemplo sugerido pelo emérito processualista, embora de hipotética justiça, *data venia*, parece não poder conviver harmonicamente com a norma constitucional. Isto porque se a Lei Maior determina que a competência do julgamento dos crimes dolosos contra a vida pertence ao Júri, incabível o julgamento pelo juiz de direito, sendo certo que somente o **juiz natural** poderá, jurídica e validamente, dizer se o fato imputado ao réu é ou não lícito.

O erudito Magistrado **James Tubenchlak**, discorrendo sobre a ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA, esclarece:

“Trata-se de um “julgamento antecipado da lide”, em que o prolator da decisão IMPEDE o conhecimento do litígio por seu Juiz Natural, o TRIBUNAL DO JÚRI.

Não nos opomos a tal antecipação, muito pelo contrário. Com efeito, provada desde logo uma causa excludente do delito, torna-se despicienda, até por motivo de economia processual, a apreciação do fato pelo Júri.” (Tribunal do Júri Contra-dições e Soluções, 2ª edição, pág. 79, Forense, 1990) – grifamos.

Importa grifar, consoante já foi dito, que, por força da norma constitucional, somente o Júri poderá julgar se há ou não uma causa excludente do delito, não se justificando, *permissa venia*, que princípios de economia processual se sobreponham à Carta Magna, para limitar arbitrariamente a competência do Júri.

Oportuno salienar que a atual Constituição da República assegura igualmente entre as garantias individuais o direito de todos serem processados e sentenciados pela autoridade competente.

...“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.” (Art. 5º, LIII, da C.F).

E, em última análise, se por um lado pode parecer injusto levar alguém a ser julgado pelo Tribunal do Júri por um fato **aparentemente lícito**, como afirmado; por outro, na hipótese da chamada ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA, em que o réu por ser inimputável é absolvido, isento de pena e, não raras as vezes, aplicada MEDIDA DE SEGURANÇA (art. 26 c/c art. 97 do Código Penal), o contexto não convence.

É bem verdade que a medida de segurança, de natureza diversa da pena propriamente dita, submete o agente a um cerceamento de sua liberdade de ir e vir, seja através da **internação** do agente se o fato for punido com reclusão, seja por meio do **tratamento ambulatorial** se o fato for punido com detenção.

Hermínio Alberto Marques Porto, prelecionando sobre a aplicação da medida de segurança quando da absolvição sumária, aduz:

“A absolvição sumária (art. 411) vinda do reconhecimento da inimputabilidade do acusado, por importar na aplicação de medida de segurança (inciso III, do parágrafo único do art. 386), é sentença absolutória que apresenta dispositivo condenatório...” (Júri, 4ª Edição, pág. 62, 1984, Ed. Revista dos Tribunais) – grifamos.

José Frederico Marques, comentando o art. 386, parágrafo único, III, do Código de Processo Penal, ensina:

*“Apesar de denominada de absolutória, sentença de tal conteúdo é, na realidade, de condenação, ou sentença impropriamente absolutória. Nem se pode falar, aí, absolvição anômala, porquanto no dispositivo do julgado há imposição de uma **sanctio juris** prevista pela ordem jurídico-penal. Como diz Santoro, devem ser consideradas sentenças condenatórias, tanto as decisões de condenação verdadeira e própria, a uma pena, como os pronunciamentos de aplicação de medida de segurança” (grifamos).*

“Se a sentença impropriamente absolutória, em que

é imposta medida de segurança de par com a absolvição, dá causa à execução forçada, indiscutível é que nela existe um pronunciamento condenatório, por isso que a medida de segurança deve ser executada a essa decisão é o título executório (nulla executio sine titulo)" .

*"A imposição de medida de segurança em uma sentença importa sempre em condenação, no significado filológico e jurídico de tal expressão, por implicar uma **restrizione d'indole personale o patrimoniale inflitta per sentenza del giudice**" (Elementos de Direito Processual Penal, vol. III, pág. 39, Ed. Forense, 1962) – grifamos.*

James Tubenchlak, sem divergir, concluiu:

"Temos por flagrante a impropriedade da lei, ao incluir a decisão fulcrada em inimputabilidade, genericamente, na categoria de decisão absolutória. Em verdade, se se tratar de hipótese de doença mental ou similar, que implique medida de segurança, a decisão será condenatória..." (Ob. Cit., pág. 82) – grifamos.

Com efeito, indiscutivelmente, a ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA calcada na INIMPUTABILIDADE do réu afigura-se uma verdadeira SENTENÇA CONDENATÓRIA.

Destarte, o art. 411 do C.P.P. não é tão benéfico para o acusado como aparenta. De fato, o referido dispositivo legal, relativamente aos **inimputáveis** (art. 26, *caput*, do Código Penal), gera uma situação das mais delicadas, onde o réu poderá ser "**condenado**" a uma medida de segurança imposta por um **juiz absolutamente incompetente** e indefinidamente permanecer no Manicômio Judiciário.

"Observa-se, na prática, que os Magistrados, diante de uma prova técnica de doença mental, não se preocupam em apreciar os demais aspectos probatórios, aplicando de imediato a medida de segurança cabível, esquecendo-se, por certo, da transcendental gravidade dessa medida, em sua

característica de SANÇÃO PERPÉTUA, uma vez que em países como o Brasil os hospitais psiquiátricos só conseguem estagnar, quando não agravam, as enfermidades mentais dos pacientes." (James Tumbachlak, *Ob. Cit.*, pág. 82) – grifamos.

Assim, o juiz sumariamente absolvendo antecipadamente o réu, na forma do art. 411 do C.P.P., estará prolatando uma sentença eivada de nulidade. O próprio Código de Processo Penal aponta a incompetência do juiz como causa de nulidade do processo:

Art. 564, do C.P.P.:

"A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

Inciso I – por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;"...

Flávio Meirelles Medeiros, prelecionando sobre as nulidades decorrentes da INCOMPETÊNCIA DO JUIZ, ressalta que:

"A competência *ratione materiae* diz respeito à competência que se determina segundo a natureza da infração. A competência do Tribunal do Júri para os crimes dolosos contra a vida é exemplo de competência *ratione materiae*."

"A incompetência pode ser absoluta ou relativa. A primeira resulta em nulidade insanável do processo, argüível a qualquer momento, mesmo contra a coisa julgada por via revisional ou através de *habeas corpus*. Dita eiva é insanável, porque se funda em razões de ordem pública." – (grifamos).

"Exemplos de incompetência *ratione materiae*, conseqüentemente de incompetência absoluta, é um juiz singular julgando um homicídio doloso contra a vida..." (Nulidades do Processo Penal, pág. 56/57, Síntese) – grifamos.

Ainda que a tradição, a economia processual, os costumes, a política criminal ou qualquer outro motivo de ordem prática pudessem *revogar* a Cons-

tituição Federal, no que se refere a competência do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o certo é que a ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA com a imposição de medida de segurança como corolário da imputabilidade do réu (art. 26, *caput*, do C.P.) viola igualmente a Carta Magna no que concerne ao princípio da AMPLA DEFESA. Verifique-se:

Constituição Federal:

Art. 5º, XXXVIII:

“É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;*
- b) (omissis)*
- c) (omissis)*
- d) (omissis)*

Art. 5º, LV:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Importante destacar que, se nos processos dos crimes comuns é garantida a ampla defesa, nos do Júri, com muito maior abrangência e profundidade, é assegurada a PLENITUDE DE DEFESA.

De acordo com o que já foi dito, o juiz, ao julgar antecipadamente o réu (Art. 411 do C.P.P.), impede o Tribunal do Júri de conhecer e julgar os crimes de sua competência constitucional suprimindo o *judicium causae*, que se inicia com o oferecimento do libelo crime acusatório e se encerra com o julgamento pelo Tribunal popular.

Uma vez obstaculizada esta segunda fase, em virtude de uma ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA embasada na INIMPUTABILIDADE do réu, indiscutivelmente este ficará absolutamente impedido de buscar outras provas, que eventualmente seriam capazes de justificar uma ABSOLVIÇÃO PRÓPRIA, de refutar a doença mental apontada na fase anterior, ou até mesmo pretender uma **desclassificação** para um tipo penal menos grave, como no caso do processo referido.

É necessário lembrar que, durante o *judicium causae*, a possibilidade de produção de provas e de defesa é bastante ampla, sendo o réu, em plenário, obrigatoriamente interrogado – meio de prova e também de autodefesa – (art. 465 do C.P.P.) e assegurado, ainda, à defesa o período de 2 (duas) horas para a sustentação oral e mais meia hora para a eventual tréplica. Além disso, pode o réu através do seu defensor contrariar o libelo por escrito (contrariedade), arrolando até cinco testemunhas, juntar documentos e requerer diligências, consoante expresse permissivo legal. Confira-se:

Art. 421 do C.P.P.:

..... *omissis*

Parágrafo único.

“Ao oferecer a contrariedade, o defensor poderá apresentar o rol de testemunhas que devam depor no plenário, até o máximo de cinco, juntar documentos e requerer diligências.”

Vale assinalar que a faculdade de nova produção de provas nessa segunda fase do processo é de tamanha importância que o próprio estatuto processual relativamente à prova testemunhal assegura caráter de IMPRESCINDIBILIDADE, se a parte assim o requerer.

Art. 455 do C.P.P.:

“A falta de qualquer testemunha não será motivo para o adiamento, salvo se uma das partes tiver requerido sua intimação, declarando não prescindir do depoimento e indicando seu paradeiro com a antecedência necessária para a intimação. Proceder-se-á, entretanto, se a testemunha não tiver sido encontrada no local indicado” (destaque nosso).

Nesta conformidade, o juiz, absolvendo sumariamente o réu, não obstante sua inimputabilidade supostamente ser estreme de dúvidas (art. 411), **aniquila** inconstitucionalmente (falta de competência e cerceamento de defesa) qualquer possibilidade de defesa do mesmo, eis que, exemplificando, possíveis testemunhas que durante o *judicium accusationis* não teriam sido localizadas poderiam comparecer em plenário e, perante o Júri, confirmar que o réu não tinha qualquer intenção de matar a vítima, ou seja, que o réu, malgrado inimputável, realmente não agiu com *animus necandi*, o que in-

discutivelmente justificaria a **desclassificação** do crime, apesar da doença mental.

Outras situações de grande interesse prático também podem ocorrer. Suponhamos que um réu, tido como inimputável, durante o *judicium accusationis*, através da produção de outras provas (parágrafo único, do art. 421 do C.P.P.) refutasse sua inimputabilidade para assumir a responsabilidade penal de sua conduta. De fato, em alguns casos, como a tentativa de homicídio simples (art. 121, *caput*, c.c. art. 14, II, do Código Penal), se condenado, estaria sujeito a uma pena mínima de 2 (dois) anos de reclusão, com direito a suspensão condicional da pena, enquanto que, absolvido sumariamente por ser inimputável, além de ficar cerceado na produção de provas, ainda ficará sujeito a uma medida de segurança de internação por um prazo indeterminado.

É força admitir que o réu, mesmo estando nas condições do art. 26, *caput*, do C.P., eventualmente pode manifestar no seu agir uma causa excludente de antijuridicidade ou qualquer outra que produza uma decisão propriamente absolutória. Na maioria das vezes, o réu só poderia modificar as equivocadas conclusões apontadas no *decisum accusationis* se lhe fosse permitido produzir novas provas. Ora, sob este prisma, a decisão **absolutória imprópria** tratada no art. 411 do C.P.P. é também inconstitucional ou não recepcionada por ferir a garantia da **plenitude de defesa**.

Em suma, a absolvição sumária em virtude da inimputabilidade do réu se apresenta como um verdadeiro "*cavalo de Tróia*", como adjetivou no caso já citado o atual Magistrado e então Defensor Público **Fábio Uchôa**, "pois, sob o rótulo da aparentemente benéfica absolvição sumária, será o réu irretorquivelmente "**condenado**" a uma medida de segurança que muitas vezes poderá custar-lhe o resto de seus dias em um Manicômio Judiciário."

Ante tais considerações, forçoso concluir que a ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA, disposta no art. 411 do CPP, se apresenta absolutamente ao arrepio da norma constitucional, por agredir a **competência do Júri** para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e, também, por afrontar a **plenitude de defesa**, especialmente quando aplicada medida de segurança como consequência da absolvição sumária imprópria (art. 411 do C.P.P. c.c. art. 26, *caput*, do C.P.).

Mérito

Vencidas as preliminares, no mérito, merece provimento o recurso *ex officio* porque as razões que fundamentaram a absolvição do apelado encontram-se dissociadas da prova dos autos e decorreram de equivocada interpretação do texto legal aplicável à hipótese.

Com efeito, a legítima defesa como forma de dirimente penal há que ser provada estreme de dúvida, devendo se fazer presentes todos os requisitos exigíveis pelo art. 25 do Código Penal.

Especialmente nos casos dos crimes dolosos contra a vida, o Juiz, para afastar do julgador natural a decisão da causa, não pode estar diante de versões que se contradizem, nem de uma instrução probatória nada convergente.

Em casos tais impõe-se a submissão da causa ao Júri, para que este, no exercício pleno de sua soberania, aceite a versão que lhe pareça mais consentânea com a prova dos autos.

A acusação imputada ao ora apelado, e por ele não negada, é de que efetuou, no corredor do sétimo andar de um edifício, **disparos** de arma de fogo contra *Flávio Doganelli*, causando-lhe a morte.

O apelado, ouvido às fls. 73 e 87, afirma que se encontrava em seu apartamento localizado no oitavo andar do mesmo edifício, em companhia de sua esposa e pivô do crime, Marisa Portilho, quando esta fora chamada pela vítima a se dirigir ao sétimo andar.

Entretanto, ambos são desmentidos pelo Porteiro do prédio à época dos fatos, que esclareceu, à fl. 11, que a vítima e Marisa chegaram ao prédio juntos, pouco antes do crime acontecer.

Ademais, a testemunha Sônia Ferreira, primeira pessoa a chegar ao local do crime após a sua ocorrência, afirma à fl. 07 v° ter ouvido de Marisa Portilho que "um tiro era para o Flávio e outro para ela, tudo levando a crer que o autor dos disparos fora o marido de MARISA" (*sic*).

Por sua vez, a esposa da vítima, Maria Lúcia, desmente a motivação do crime como sustentado pelo apelado e sua esposa. Segundo ela, à fl. 152, a vítima e Marisa mantinham uma relação amorosa e a discussão no corredor era por causa de um aborto que Marisa pretendia realizar e Flávio, a vítima, não concordava. Acresceu a testemunha ter ouvido dois tiros, bem como que o apelado já ameaçara matar a vítima há mais tempo.

Aliás, de acordo com Maria Lúcia, a esposa do apelado escrevera várias cartas "de amor" para a vítima, o que confirma, por um lado, o depoimento do porteiro Antônio, que alegou a existência de uma relação amorosa entre Flávio e Marisa, e, por outro, desmente as versões do apelado e de sua esposa.

Importa ainda observar que, de acordo com o esquema de lesões de fl. 29, tem-se que a vítima foi atingida lateralmente, isto é, na têmpera esquerda, o que permite presumir, ao menos por ora, ter sido surpreendida quando do ataque.

É difícil também dar-se credibilidade à versão de fl. 168, dada por um policial, no sentido de ter visualizado, em dia posterior ao dos fatos, lesões no pescoço de Marisa. Caso tal alegação fosse verdadeira, certamente Marisa e o seu marido, o ora apelado, seriam os primeiros a procurarem a confirmação médica das referidas lesões e não a fuga do local, como fez o apelado.

Diante de tudo isso, fácil é perceber-se que tanto a mecânica delitiva, o motivo do crime e as versões testemunhais não apresentam a menor segurança para convencer um magistrado da existência da excludente de criminalidade consistente na legítima defesa, cabendo ao Júri, soberana e constitucionalmente, decidir a causa.

Ante o exposto, requer o Ministério Público que essa Egrégia Corte não conheça do recurso *ex officio* interposto pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal, hipótese, então, em que espera este órgão ministerial seja admitido o seu recurso, bem como que se lhe dê provimento, e, em se conhecendo o recurso judicial, seja o mesmo provido para o fim de ser cassada a decisão absolutória, submetendo o apelado ao julgamento pelo Júri, na forma e pelas razões ora apresentadas.

Rio de Janeiro, 10 de maio de 1997.

José Muiños Piñeiro Filho

Promotor de Justiça