

**SONIA FÁTIMA BRANDÃO**

**A SUSPENSÃO DO PROCESSO PENAL (ARTIGO  
366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) E A  
REINCIDÊNCIA**

**Mestrado em Direito Processual Penal**

**PUC/SP  
SÃO PAULO  
2005**

**SONIA FÁTIMA BRANDÃO**

**A SUSPENSÃO DO PROCESSO PENAL (ARTIGO  
366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) E A  
REINCIDÊNCIA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Penal sob a orientação do Professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto.

**PUC/SP  
SÃO PAULO  
2005**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

A Deus pelas possibilidades de aprimoramento intelectual e espiritual.

Aos meus pais, Aloizio (em memória) e Ana, com muita gratidão, pelo amor incondicional.

Ao meu irmão Hernandes (em memória) e meus sobrinhos, Alessandra, Fernando, Dandarony, Gabriel, Priscila e Henrique, com carinho.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto, pela ajuda nos momentos mais difíceis e pelos conhecimentos transmitidos.

Ao professor e amigo Reynaldo Fransozo Cardoso pela inestimável contribuição na escolha do tema e pelo incentivo de sempre.

Ao professor Antonio Ramos Sobrinho pelo importante auxílio na obtenção de dados

Ao Promotor de Justiça, Marcelo Barone, por fazer-me compreender a profundidade do tema.

Ao Professor Augusto Barbosa de Mello Souza pela valiosa ajuda na tradução de textos.

Ao professor Antonio Augusto Tams Gasperin pela contribuição na confecção da dissertação

## RESUMO

O trabalho desenvolve-se com base no sistema jurídico brasileiro, o direito estatal de punir que encontra sua legitimidade na utilidade pública, razão pela qual demanda conformação com a sociedade, mutável ao longo do tempo.

Com a alteração do artigo 366, do Código de Processo Penal, dada pela Lei 9.271/96 a nova redação, refere-se apenas às hipóteses de réu citado por edital que, não compareça a juízo e que não tenha constituído defensor ser-lhe-á decretado a suspensão do processo e do prazo prescricional.

Contudo sabemos que a atividade persecutória estatal deve ser exercida dentro de certo lapso temporal. Caso ultrapasse os prazos previstos na legislação penal, ocorrerá uma causa extintiva da punibilidade denominada prescrição. Ocorre que o art. 366 do CPP, com a redação atual declara que decretada a suspensão do processo pela ocorrência dos requisitos enumerados pelo artigo citado, não fluirá igualmente a prescrição. Demonstraremos as alterações que ocorreram no instituto jurídico processual em consequência da nova redação do art. 366 do CPP e, também as vantagens e desvantagens que referidas alterações trouxeram ao sistema processual penal.

Não causam estranheza as incessantes discussões a respeito das mudanças ocorridas. É público e notório que mudanças provocam acertos e desacertos. O ponto mais relevante que gerou e ainda gera discussões de grande monta é o tema referente ao prazo prescricional. Vale ainda ressaltar, que quando da promulgação da Lei 9.271/96, outra questão causou grande polêmica - a retroatividade ou não da norma já que a mesma apresenta matéria de Direito Penal, que permite a retroatividade de lei nova mais benéfica e também matéria de Direito Processual Penal em que se aplica o princípio da imediatidade da lei.

## **ABSTRACT**

The work is based on the Brazilian Juridical system, the estate law of punishment, finds its legitimacy at the public utility, that is the reason why it demands conformation with the society, mutable during the time.

With the alteration of the article 366, of CPP, by the law 9.271/196, the new paragraph, refers only to, the hypothesis of arraigned defendant by edital that does not show up to court and that does not have a defense formed, will be proclaimed suspended from the process.

As we know, the estate persecution activity must be practiced within a certain time gap. In case it exceeds its deadline regarding to the penal legislation, There will be an extinctive cause of the punishability called prescription. That is the article 366 of CPP, with the recent paragraphs, it declares that suspension of the process proclaimed by the incident of the enrolled request by the cited article, will not flow equally to prescription. We will show the changes that occurred at the juridical processual institute and its consequence of the new composition regarding to the article 366 of the CPP and also, the advantages and disadvantages that it brought to the penal processual system.

The unstoppable discussions about the occurred changes do not cause strengeness. It is public and notorious that changes provoke arrangements and disarrangements. The most relevant point that generated and still generates discussions of great importance is the theme referred to the prescribed dead line. It's worth to protrude that when the promulgation of the law number 9.271/96, another question caused polemic - the retroactivity of the precept or not, now that the one itself presents the subject Penal Law, that allows the retroactivity of the new law, more benefic and also the subject Penal Processual Law in which the principle of the immediatism of the law is applied.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1. O DEVIDO PROCESSO LEGAL .....	12
1.1. Evolução histórica.....	12
1.2. O devido processo legal e a Constituição Federal de1988. ....	18
1.3. Sistemas processuais.....	21
1.3.1. Introdução .....	21
1.3.2. Sistema acusatório.....	21
1.3.3. Processo inquisitivo.....	28
1.3.4. Processo misto.....	32
1.4. Princípio constitucional do contraditório .....	35
1.4.1. Conteúdo do contraditório .....	35
1.4.2. Juiz imparcial, partes e igualdade processual.....	35
1.5. Ampla defesa: autodefesa e defesa técnica.....	37
1.6. Da citação.....	42
1.6.1. Indispensabilidade da citação .....	43
1.6.2. Espécies de citação.....	44
2. NOÇÕES GERAIS SOBRE A LEI N° 9.271 DE 17.04.1996. ....	53
2.1. A produção antecipada de prova e a prova testemunhal .....	58
2.2. A prisão preventiva.....	61
2.3. Recurso cabível da decisão que suspende o processo.....	61
3. SUSPENSÃO DO PROCESSO.....	62
4. DA REINCIDÊNCIA .....	65
4.1. Generalidades .....	65
4.2. Natureza jurídica da reincidência .....	66
4.3. Efeitos da reincidência.....	68
4.4. A omissão da lei 9.271/96 e a reincidência .....	73
4.4.1. Analogia.....	75
4.4.2. Costumes .....	77
4.4.3. Os princípios gerais do direito .....	78
4.4.4. Equidade .....	79
4.4.5. Doutrina.....	80
4.4.6. Jurisprudência .....	80
5. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E RESPONSABILIDADE PENAL.....	82
5.1. Da culpabilidade .....	82
5.2. Dos antecedentes criminais.....	83
5.3. Conduta social.....	84
5.4. Personalidade do agente.....	85
5.5. Motivos .....	86
5.6. Circunstâncias do crime .....	87

5.7	Conseqüências do crime .....	87
5.8	Comportamento da vítima .....	88
6.	PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....	89
6.1.	Antecedentes e a presunção de inocência.....	93
6.2.	Presunção da inocência no âmbito do Direito Processual Penal ....	98
6.3.	Princípio do <i>in dubio pro reo</i> .....	101
7.	CONCURSO DE PESSOAS E A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA MEDIANTE O ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL .....	105
7.1.	Agravante no concurso de pessoas .....	106
7.2.	Agravante pela reincidência .....	108
	CONCLUSÕES.....	115
	BIBLIOGRAFIA.....	120

## INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Lei 9.271, de 17/04/96, que alterou os artigos 366 a 370 do Código de Processo Penal e instituiu grandes modificações no sistema, como a suspensão do processo bem como do prazo prescricional, quando o acusado citado por edital não comparecer no dia e hora designados para interrogatório, nem constituir defensor, muito se tem discutido sobre o prazo prescricional, sobre a ampla defesa, a produção antecipada de provas, a retroatividade ou não da lei, não se chegando a um consenso.

Dispunha o artigo 366 do Código de Processo Penal, com a redação original, que o processo seguiria à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixasse de comparecer sem motivo justificado. Mudando tal orientação, dispõe, agora, o artigo em estudo, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº. 9.271, de 17.04.96, que, citado o acusado por edital e não comparecendo para o interrogatório nem constituindo advogado nos autos, o processo ficará suspenso. Considerando que é raríssimo o caso de o réu tomar conhecimento da imputação em caso de citação por edital, preferiu-se a orientação doutrinária de que não lhe restaria assegurado o direito à ampla defesa com o prosseguimento do processo e a decretação da revelia. Procurou-se, assim, dar inteiro cumprimento ao princípio *nemo inauditus damnari potest* (ninguém pode ser julgado sem ser ouvido), evitando-se o perigoso expediente da decretação da revelia em caso de não comparecimento do réu para responder ao processo, com a simples presunção de que tomou conhecimento da imputação. Sacrificam-se os interesses da repressão penal em benefício do cumprimento integral do princípio constitucional da ampla defesa.

Comparecendo o réu em juízo para ser interrogado ou constituindo advogado nos autos para defendê-lo, torna-se evidente ter ele tomado

conhecimento da imputação no processo, que deve prosseguir normalmente. Nos termos legais, é ele tido como citado pessoalmente.

A regra de suspensão do processo é matéria estritamente processual, não retroagindo para alcançar atos processuais anteriores. Assim, prevalece a decretação da revelia anterior àquela data, com o prosseguimento do processo, não incidente na hipótese o artigo 366 do Código de Processo Penal com a nova redação. É inviável, aliás, a aplicação do novo dispositivo, total ou parcial, aos crimes cometidos anteriormente à vigência da lei nova, pois, nos casos de suspensão do processo, fica também suspenso o curso do prazo da prescrição. Não é possível, porém, ter a suspensão do prazo prescricional como indefinida e permanente, uma vez que tal solução levaria à imprescritibilidade, só possível nas exceções previstas na Constituição Federal (artigo 5, XLII e XLIV).

Um fator relevante, no presente trabalho, é a análise da reincidência, constante do artigo 63 do Código Penal em consonância com o artigo 366 do Código de Processo Penal que afirmam, respectivamente:

“verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”,

“se o acusado citado por edital não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, se presentes os pressupostos autorizadores, previstos nos artigos 311 e seguintes”.

A complexidade do tema torna-se ainda maior quando há co-autoria, em que um réu comparece em juízo e o outro não, sendo o processo suspenso, bem como o prazo prescricional, somente em relação ao último.

No presente estudo, não é nossa pretensão promover discussões profundas sobre a suspensão do prazo prescricional, nem sobre produção antecipada de provas, retroatividade ou não da Lei 9.271/96 - assuntos complexos, que deixaremos para outra oportunidade. Com isso, não

queremos dizer que os temas citados não constarão do presente trabalho, até porque esses assuntos, indubitavelmente, fazem parte do contexto geral, dada sua visível importância. Entretanto, daremos ênfase ao fator reincidência com relação ao prescrito no artigo 366 do Código de Processo Penal.

Em um primeiro momento, torna-se imprescindível falarmos sobre o processo e algumas de suas garantias constitucionais e dos aspectos gerais da Lei 9.271/96, destacando a importância da ampla defesa.

Em um segundo momento, abordaremos o instituto da reincidência no caso de suspensão do processo em razão do não comparecimento do réu para interrogatório e da não constituição de defensor.

Finalmente, demonstraremos vantagens e desvantagens que a alteração do artigo 366, do Código de Processo Penal, trouxe ao sistema, dentro do quadro da prática do delito em co-autoria, no tocante à reincidência.

# 1. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

## 1.1. Evolução histórica

A primeira idéia que surge, a partir de uma constituição rígida, é a de uma estrutura escalonada do Direito. A Constituição Federal é elemento unificador e fundamento de validade das demais normas infraconstitucionais. Na forma e conteúdo, as leis e atos normativos dependem de lei maior, do texto magno denominado Constituição<sup>1</sup>.

Assim, traçam-se alguns pressupostos constitucionais úteis a todos os ramos do Direito. No caso do Direito Processual, ramo de Direito Público, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 traz não só linhas fundamentais como os seus aspectos característicos<sup>2</sup>.

Muito se fala sobre o devido processo legal, e, evidentemente, a aplicação de toda e qualquer lei tem que obedecer a esse princípio para que se torne válido o *jus puniendi* do Estado, pois não pode este fazer prevalecer, de plano, o seu interesse repressivo, ou seja, ninguém pode ser punido sem julgamento, segundo as formas legais.

A expressão devido processo legal é originária da inglesa *due process of law*. A sua origem histórica encontra-se na Carta Magna de João Sem Terra, no ano de 1215.

Tornava certo que ninguém seria despojado de sua vida, de sua liberdade ou propriedade, sobre julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país, referiu-se a *law of the land* nesse art. 39, sendo o primeiro antecedente histórico das garantias constitucionais do processo.

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Antonio Fernando; BARRETO, Fernanda. O devido processo legal e a Constituição Federal de 1988. In: Revista de Julgados do TACRIM/SP, n° 39, jul/set. São Paulo: Fiúza, fls. 17 a 24.

<sup>2</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 2. ed. São Paulo: RT, 1989, p.46.

O primeiro ordenamento que teria tratado desse princípio foi a *Magna Carta*<sup>3</sup> do rei John Lackland (João "Sem-Terra"), de 15 de junho de 1215, quando o seu artigo. 39 se referiu a *legem terrae*, termo posteriormente traduzido para a língua inglesa como *law of the land*, sem, contudo, mencionar a expressão que hoje conhecemos, *due process of law*.

Em 1354, ainda na Inglaterra do rei Eduardo III, no conhecido *Statute of Westminster of the Liberties of London*, por um legislador desconhecido, foi utilizada a expressão definitiva<sup>4</sup> e, de forma mais importante, incorporado aquele texto aos dispositivos da *Common Law*. Há de se admitir, no entanto, que, durante toda essa época, o instituto era meramente formal, sem utilização e sem expressão.

A Constituição dos Estados Unidos da América<sup>5</sup>, onde muito se desenvolveu o devido processo legal, não trata originalmente do instituto, sendo abordado, explicitamente, apenas nas suas emendas 5<sup>a</sup> e na 14<sup>a</sup><sup>6</sup>. Na primeira emenda referida, a cláusula *due process of law* apareceu, pela primeira vez, ao lado do trinômio "vida, liberdade e propriedade" e, na segunda, sofreu grande transformação-evolução, passou a significar também a "igualdade na lei", e não só "perante a lei", além de marcar a sua utilização

---

<sup>3</sup> Escrita originalmente em latim, idioma dos intelectuais da época. Disponível em: <http://www.thelatinlibrary.com/magnacarta.html>. Acesso em: 22 de agosto de 2004.

<sup>4</sup> "None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law". (Ninguém deverá ser condenado sem julgamento. Também, que nenhum homem em qualquer estado ou condição que se apresente, deverá ser expulso de sua terra ou propriedade, nem levado à prisão, nem deserdado, nem levado à morte, sem antes ter uma resposta por processo judicial - t.l.). NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7. ed. rev e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33, nota 6.

<sup>5</sup> Disponível na Internet em: <http://www.house.gov/Constitution/Constitution.html>. Acesso em: 22 ago 2004.

<sup>6</sup> "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation". (Nenhuma pessoa deverá ser presa para responder processo a um crime infame ou capital, ao menos que representado ou acusado por um Júri, exceto em casos em terra ou forças navais, ou em milícia, quando em serviço militar ou perigo público; nem tampouco alguma pessoa ser alvo da mesma ofensa de ser julgado duplamente pelo mesmo crime; nem incitado em qualquer crime como sua própria testemunha; nem ser privado da vida, liberdade ou posse, sem ser julgado pela lei; nem sua propriedade privada ser tomada

efetiva. Tais inserções deram-se pela tendência de acompanhar a evolução das Constituições de alguns Estados, como Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, que já contavam com a garantia em testilha, pois, por sua vez, acompanhavam as Declarações de Direitos das Colônias de Virgínia, Delaware, Carolina do Norte, Vermont e de New Hampshire, posteriormente transformados em Estados federados.

Na América Latina, a Argentina e o México, desde o nascedouro de suas Constituições, em 1853 e 1857, respectivamente, já contavam com o instituto<sup>7</sup>.

Na Europa continental, a Itália e a Alemanha, países onde há enorme aprofundamento científico no Direito Processual, serviram de exemplo para os demais, como Espanha e Portugal.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948), a 6ª Convenção Européia Para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Roma, 1950) e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas (1966) consagram proteções e garantias individuais que denotam o encampar daquele princípio.

No Brasil, é pacífico entre os doutrinadores que o princípio do devido processo legal foi abraçado por todas as Constituições pátrias, desde 1924, em especial a de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, pois, quando consignaram os princípios da ampla defesa, do contraditório e da igualdade, teriam, tacitamente, aceitado a existência daquele.

Impossível olvidar a nossa Constituição de 1988, adjetivada "cidadã", que explicitamente estabeleceu, no artigo art. 5º, inciso LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*".

---

para uso público, sem compensação justa - t.l.). Disponível em: <http://www.house.gov/Constitution/Amend.html>. Acesso em: 22 ago 2004.

<sup>7</sup> "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws". (Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e, portanto sujeitas à jurisdição de lá, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado deverá exercer ou impelir qualquer lei que abstenha dos privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem algum Estado privar da vida, liberdade ou propriedade, sem processo judicial; nem negar a nenhuma pessoa a proteção da lei sob sua jurisdição - t.l.). Disponível em: <http://www.house.gov/Constitution/Amend.html>. Acesso em: 22 ago 2004.

Sabemos que a Magna Carta não teve, na sua gênese, a intenção mais pura de servir à cidadania, à democracia ou ao povo em geral, pois foi criada como uma espécie de garantia para os nobres, do baronato, contra os abusos da coroa inglesa. Entretanto, ela continha institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico para a repressão dos abusos do Estado, que, até hoje, se fazem reluzentes em praticamente todas as constituições liberais do mundo.

Ao devido processo legal é, atualmente, atribuída a grande responsabilidade de ser um princípio fundamental, ou seja, sobre ele repousam todos os demais princípios constitucionais. É um super princípio.

Concordamos plenamente com o entendimento quase que pacífico de que no devido processo legal, estariam contidos todos os outros princípios processuais, como o da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais.

Afirma Humberto Theodoro<sup>8</sup> que:

"a todo momento que se fizer análise ou reflexão acerca de algum princípio processual constitucional, com certeza poder-se-á identificar nuances do Princípio do Devido Processo Legal, e vice-versa".

Nota-se uma crítica subliminar na doutrina à expressa inserção desse princípio no texto constitucional. Tal crítica não é no sentido de que não fosse ela necessária ou o princípio não a merecesse, mas da redundância que decorreria da referência expressa ao devido processo legal após elencados todos os princípios e direitos processuais constitucionais. Entretanto, países que já tiveram o dissabor de passar por ditaduras e golpes militares, como o nosso, sabem da importância de a Constituição conter explicitamente as garantias fundamentais derivadas do processo legal. Trazido praticamente ao final do rol, o devido processo legal tem por objetivo enfeixar as demais

---

<sup>8</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no Direito Processual Civil. Revista dos Tribunais. São Paulo, RT, a. 80, v. 665, mar. 1991. p. 11.

garantias, não como uma redundância, mas como um inabalável sustentáculo.

O conteúdo substancial de cláusula do devido processo legal apresenta-se, indubitavelmente, "amorfo e enigmático, que mais se colhe pelos sentimentos e intuição do que pelos métodos puramente racionais da inteligência".<sup>9</sup>

Esse conteúdo, encontrado apenas na nossa mais recente doutrina, não é novidade para os americanos, que, há muito, debruçam-se sobre o devido processo legal. Veja-se trecho do voto proferido no voto no caso *Anti-Facist Committe vs. McGrafth*, 341 U.S. 123 (1951), pelo Juiz da Suprema Corte Americana, Felix Frankfurter:<sup>10</sup>

"Due process não pode ser aprisionado dentro dos traíçoeiros lindes de uma fórmula[...] 'due process' é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. 'Due process' não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo".

O *procedural due process*, também chamado de devido processo adjetivo ou procedimental, é considerado mais restrito que ao devido processo material e caracteriza-se pela simples norma de respeito ao procedimento previamente regulado. Não obstante o alcance diminuto, essa faceta do devido processo legal é mais empregada pela doutrina e pelos usuários do Direito, talvez exatamente por conta do vocábulo "processo" do princípio estudado, foi ele apenas sub-utilizado nesta acepção.

---

<sup>9</sup> DONADEL, Adriane et al. As garantias do cidadão no processo civil. Org. Sérgio Gilberto. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2003. p. 263

<sup>10</sup> Disponível na Internet em: <http://www.house.gov/Constitution/Constitution.html>. Acesso em: 22 ago 2004

A cláusula do devido processo legal no Direito Constitucional americano refere-se, em uma primeira fase (5ª Emenda), como se sabe, apenas a garantias de natureza processual propriamente ditas, relativas ao direito a *orderly proceedings*, procedimentos ordenados por princípios como, no campo processual penal, a proibição de *bill of attainder* (ato legislativo que importa em considerar alguém culpado pela prática de crime, sem a precedência de um processo e julgamento regular, em que lhe seja assegurada ampla defesa) e de leis retroativas (*ex post facto law*), além da vedação de auto-incriminação forçada (*self incrimination*), do julgamento duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e do direito à ampla defesa e ao contraditório.

O *substantive due process* tutela o direito material do cidadão, inibindo que lei em sentido genérico ou ato administrativo ofendam os direitos do cidadão, como a vida, a liberdade e a propriedade, outros destes derivados ou inseridos na Constituição.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, prolatou acórdão que, em poucas palavras, traz a perfeita essência do aspecto material do devido processo legal.

"due process of law, com conteúdo substantivo - substantive due process - constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real substancial nexos com o objetivo que se quer atingir"<sup>11</sup>.

A menção expressa do *due process of law* estava na lei inglesa de 1534 *statute of westminster of the liberties of Rondon*, no reinado de Eduardo III.

A Constituição Americana da Filadélfia empregou o *due process of law* em seu texto por meio através das Emendas V e XIV.

A Emenda XIV é assim estabelecida:

---

<sup>11</sup> ADIn nº 1511-7 DF - Medida Liminar, julgado em 14.08.1996.

“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitos à sua jurisdição são cidadãos dos EUA e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular, nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis”.

Na história do Direito brasileiro, o devido processo legal não aparece de modo claro. Na Constituição Federal de 1946, é apresentado apenas como o princípio da justicialidade, segundo o qual nenhuma lesão ao direito de qualquer cidadão poderá deixar de ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Toda ordem constitucional é baseada em princípios. A Constituição, como lei das leis, é a fonte suprema da ordem jurídica e a ela se subordinam todo o direito positivo e a legislação ordinária.

## **1.2. O devido processo legal e a Constituição Federal de 1988.**

O Poder Constituinte, na elaboração da Constituição Federal de 1988, deu expressiva atenção ao devido processo legal, notadamente nos incisos XXXVII, LIII, LIV, LVI e LX.

Alguns doutrinadores caracterizam o princípio do devido processo legal como verdadeira instituição, idéia completa e objetiva com o escopo de propícias defesa e fruição dos direitos que cada cidadão possui e, para outros, é princípio fundamental do processo civil, servindo de base sustentadora dos demais princípios.

Frederico Marques<sup>12</sup> preconiza que: “essas garantias encontram sua síntese na exigência constitucional do devido processo legal, ou processo juntos, que as leis do processo estão obrigados a adotar”.

Entendemos que tal princípio é uma garantia, cuja finalidade é assegurar os interesses dos cidadãos, protegendo-os contra arbitrariedade do Estado. Visa à aplicação da Lei.

---

<sup>12</sup> MARQUES, Frederico. Tratado de Direito Processual Penal. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p.131 a 132.

Frederico Marques<sup>13</sup> afirma que:

“nesse conjunto de normas e preceitos agasalhados no texto constitucional, é que a ciência processual vai haurir a seiva de que se alimentam seus postulados e regras fundamentais, bem como os cânones de Direito positivo destinados a regular a aplicação jurisdicional da lei”

Com o *due process of law*, todos foram beneficiados pela proteção da lei contra o arbítrio do Estado, daí porque alguns juristas postularem que o princípio quase se confunde com o estado de Direito.

Porém, os juristas vêem o devido processo legal como algo a mais do que uma garantia subjetiva do agente, uma tutela do próprio processo. Para esses, o devido processo legal significa conjunto de garantias de ordem constitucional “que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função Jurisdicional”.

Dentre as idéias que formam o núcleo do conceito, podemos destacar como elementos essenciais do devido processo legal: o princípio da tutela jurisdicional; o princípio do devido processo legal; o princípio do juiz natural.

Esses três princípios traçam diretrizes indeclináveis para o legislador ordinário, como escopo dos valores básicos que a Constituição acolhe para regular e disciplinar a Justiça Penal.

A garantia do devido processo legal exige a prestação da jurisdição conforme procedimentos ditados pela legislação processual, cuja rigorosa observância é requisito da regularidade do processo, pois o processo ele só atende a sua finalidade quando se externa em procedimento adequado à lide que nele se contém, de modo a garantir amplamente os interesses das partes em conflito.

O devido processo legal, depois de inserido no Texto da Constituição, trata-se de mandamento garantido de acesso do cidadão às decisões do sistema judiciário, mediante normas processuais previamente estabelecidas

---

<sup>13</sup> MARQUES, Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, v. I. Campinas: Millennium, 2003, p. 79.

no que se refere à elaboração legislativa, e do qual decorrem alguns postulados, tais como o de julgamento por um juiz natural, o da instrução, contraditório com amplitude de defesa o da assistência judiciária aos necessitados, dentre tantos outros de igual relevância.

Todo e qualquer embaraço ao exercício dos direitos legítimos, configura denegação de tutela jurídica devida pelo Estado aos indivíduos.

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LIV, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O preceito amplo pode ser visto sob diversos aspectos. Na exposição dos regramentos constitucionais do processo, é possível identificar alguma redundância ou, pelo menos, uma especialização segundo critérios nem sempre isentos de uma crítica científica rigorosa.

Assim, por exemplo, a garantia da ampla defesa não deixa de ser um modo particular de referência ao contraditório, apreciado do ponto de vista do imputado.

Não seria difícil, inserir as duas regras em apreço na cláusula genérica do devido processo legal, apta, por sua intuitiva elasticidade, a absorver também aquelas concernentes ao juiz imparcial, presença das partes, igualdade de armas, entre elas, direito à prova, etc.

Já se disse que o pleonasmo é uma figura de linguagem que não se coaduna com a boa técnica legislativa. O texto constitucional, entretanto, por motivos bem conhecidos, dentre os quais o propósito de conferir efetiva e especial proteção a todos os interesses envolvidos na persecução penal, com destaque para a tutela da liberdade pessoal, foi pródigo na alusão a diversos aspectos do devido processo penal.

Bem por isso, parece adequado estudar, o monopólio da ação penal pública, em rigorosa harmonia com o pensamento constitucional. É que a ampliação, pela *Carta Política*, das limitações ao Estado, em matéria penal, também se reflete em outros preceitos tutelares e, conquanto o tema não seja ordinariamente estudado nesse aspecto, ele também se insere no exercício privativo da ação penal pública por um órgão oficial do Estado.

A atual Constituição brasileira, ao contrário de todos os textos que a precederam, consagrou, explicitamente, o *devido processo legal*, adotando a

fórmula anglo-saxã, em tradução literal. Enfatizando esse aspecto, Ada Pellegrini Grinover<sup>14</sup> explica que o aludido conceito se projeta em uma série de garantias, como o contraditório e a ampla defesa; a publicidade e a obrigatoriedade de decisões motivadas e a inadmissibilidade das provas consideradas ilícitas.

Na visão de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci<sup>15</sup>, o cidadão, antes de sofrer qualquer pena, “tem direito a um processo prévio”, em que, dentre outras garantias, assegure-se “a determinação legal de um procedimento destinado à investigação e posterior julgamento acerca do fato penalmente relevante”, bem como “o proferimento deste em prazo razoável, pública e motivadamente”.

O devido processo, está consubstanciado em uma série de garantias das partes e do próprio processo, que, por sua vez têm índole eminentemente assecuratória<sup>16</sup>.

### **1.3. Sistemas processuais**

#### **1.3.1. Introdução**

A atividade jurisdicional que se desenvolve visando à descoberta da verdade real e, em última análise, a aplicação da sanção àquele que praticou o fato infringente da norma penal incriminadora, é concretizada no processo.

São três os sistemas que delimitam o processo: o acusatório, o inquisitivo e o misto, delineados por características muito particulares.

#### **1.3.2. Sistema acusatório**

A forma de processo conhecida em toda a Antigüidade foi a acusatória. Dominava-a um princípio fundamental, do qual lhe vem o nome:

---

<sup>14</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Le garanzie del processo penale nella nuova Costituzione Brasileira. In: *Novas Tendências de Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 112-113.

<sup>15</sup> TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. O Devido Processo Legal e a Tutela Jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.20.

<sup>16</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Constitucionais do Processo. In: *Novas Tendências do Direito Processual*. São Paulo: RT, 1999, p.2.

ninguém pode ser levado a juízo sem uma acusação. *Nemo in iudicium tradetur sine accusatione*. Para mostrar todos os aspectos do processo acusatório, nada melhor do que examiná-lo na sua mais perfeita organização no mundo antigo: a romana.

Em Roma, começava o processo pela *accusatio*. A princípio, essa cabia ao próprio ofendido ou a seus parentes (ação privada). À medida que se foi estranhando a idéia de que o delito ofende toda a coletividade, foi-se desenvolvendo a ação de qualquer pessoa do povo (*quivis de populo*).

Depois de feita a acusação é que se ia pesquisar o crime, na sua materialidade, bem como a sua autoria. Era um verdadeiro inquérito, mas posterior a *accusatio* e feito pelo acusador, em presença do acusado, se esse o desejasse.

Para a realização das investigações o magistrado concedia ao acusador uma *lex*, isto é, um mandado, uma vez que, por meio dela, o juiz, delegava ao acusador o poder de investigar, que lhe pertencia. Munido da *lex*, o acusador procedia a buscas, fazia apreensões, ouvia testemunhas, examinava documentos, colhia os elementos materiais que pudessem servir à prova da infração, enfim, fazia tudo quanto hoje se faz no inquérito policial. Era a *inquisitio* posterior a *accusatio*.

Acusador e acusado podem fazer-se acompanhar por amigos, os quais, exatamente por serem companheiros, eram chamados comites (*comes, itis*). O *comes* do acusado fiscalizava os atos do acusador e o fazia de tal modo que esse “não podia sequer pensar coisa alguma que ao outro não fosse conhecida”.<sup>17</sup>

Ao processo acusatório é que se pode aplicar com absoluta propriedade o que, no século XII, viria a afirmar Búlgaro: *indicium accipitur actus ad minus trium personarum* e que Bernardo Dorna repetiria, no século seguinte, a respeito do processo criminal: *ita in criminalibus tres exiguntur personae*. Do processo acusatório, portanto, é que se deve dizer que constitui uma relação processual.

---

<sup>17</sup> MARQUES, Frederico. Tratado de Direito Processual Penal. v. I, p.138. São Paulo: Saraiva, 1980.

Dominava-o, do princípio ao fim, o contraditório. Era verdadeira luta entre acusador e acusado. A prova dos fatos competia às partes. O juiz não tomava a iniciativa de apurar coisa nenhuma, até porque os fatos não controvertidos não precisavam ser provados. As partes tinham disponibilidade do conteúdo do processo. Caso o réu se confessasse culpado, era condenado sem mais indagações: *confessus pro iudicato habetur*.

Dominava a publicidade e a oralidade. O réu aguardava a sentença em liberdade. Esse sistema, tal como se apresentava em sua primeira fase histórica, oferecia gravíssimos inconvenientes, entre os quais podem alinhar-se:

1. impunidade de criminosos (dependendo o processo da iniciativa de alguém, da *accusatio* o criminoso ficava impune quando ninguém queria molestar-se e mover a ação. Desgraçadamente, isso foi muito menos raro do que se poderia supor e os povos antigos sofreram na própria carne as conseqüências desse defeito. O maior contra-estímulo ao crime é a certeza da punição; a esperança da impunidade é o acicate do criminoso; ela o açula para o delito. Quanto mais essa esperança é fundada na observação e na experiência, mais frouxos são os laços que prendem o braço criminoso. Em contrapartida, por outro lado, esse relaxamento da repressão traz a insegurança para os bons, que têm de contar com a possibilidade de molestá-los assegurada aos malfeitores.);
2. Facilitação da acusação falsa (se a simples acusação, independente de prévia verificação do fato, basta para sujeitar alguém aos incômodos de um processo criminal, também os acusados devem queixar-se das imperfeições desse sistema. O processo acusatório podia facilmente transformar-se no instrumento da vingança, do ódio, do despeito, da malícia, da astúcia e da extorsão. Carrara<sup>18</sup>, entre tantos outros autores, mostra as desvantagens do sistema acusatório puro; afirma, contudo, que ele “apresenta, no grau máximo, as garantias da liberdade civil dos

---

<sup>18</sup> CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal, v. II, p.320. São Paulo: Saraiva, 1957

acusados”. A verdade, entretanto, é que o sistema desamparava ao mesmo tempo a sociedade e o indivíduo. É certo que o acusado permanecia em liberdade até a sentença. Mas isso, por si só, está muito longe de ser o grau máximo de garantia da liberdade civil. Que garantia é essa que não impede sejam os homens de bem de serem arrastados à barra de um tribunal sem nenhuma verificação anterior? Seguramente, é sempre possível, em qualquer sistema, acontecer que um inocente responda a processo criminal. Isso decorre das contingências da justiça humana, da impossibilidade de se saber, previamente, se alguém é culpado. Mas, por isso, deve a lei processual tomar todas as precauções para que isso somente aconteça quando houver, pelo menos, prova da existência do crime, na sua materialidade, e fundada suspeita de autoria. Admitir a acusação nua, totalmente desacompanhada de qualquer vestígio de prova, e só com ela submeter o indivíduo às agruras do processo criminal, não pode ser o grau máximo de garantia da liberdade civil.);

3. desamparo dos fracos (o inconveniente de abandonar os fracos, especialmente em certas sociedades organizadas em castas ou em classes, de direito ou apenas de fato, não havia como esperar que alguém viesse a acusar aquele de quem dependia, aquele sob cuja sujeição tinha de viver. E foi isso que se viu entre todos os povos antigos. Que admiração poderia disso decorrer, se, hoje, com as liberdades, com toda igualdade dos homens perante a lei, com as garantias dos estatutos modernos, ainda se vêem os poderosos a desfrutarem da mais desvalida e cínica impunidade porque ninguém ousa acusá-los? Calcule-se o que seria em tempo de tirania e com o sistema acusatório.);
4. deturpação da verdade (deferindo exclusivamente às partes a tarefa de trazer para os autos a prova dos fatos e negando ao juiz todo poder inquisitivo, esse sistema não possibilitava o conhecimento da verdade. Contentava-se com uma verdade ficta, com aquilo que as partes admitiam

como verdade. Tem razão Manzini,<sup>19</sup> ao afirmar que esse sistema “era apenas inoportuna cópia do processo civil”. Se o réu se confessava culpado, ainda que não o fosse, ao juiz não importava mais colher prova alguma. Se o acusador, mentindo, admitisse uma circunstância favorável ao réu, não cabia ao juiz julgar segundo a verdade, mas aceitar a afirmação incontrovertida pelas partes. Tudo isso é a negação da finalidade do processo penal.);

5. impossibilidade de julgamento, em muitos casos. Nota o nosso João Mendes<sup>20</sup> que “o sistema acusatório, despidido da instrução prévia, carecedor de provas elucidadas por sérias investigações, reduzia, freqüentemente, o juiz à impotência de julgar”. O grande número de sentenças que conluíam pela dúvida, pela incerteza (*non liquet*) do juiz, está a provar quão acertada é a observação do grande processualista brasileiro. O processo acusatório, também nesse ponto, malograva; faltava ao seu objetivo.);

6. inexecuibilidade da sentença, desprovido das cautelas que devem ser adotadas para que a decisão não se torne vã. O processo acusatório terminava, freqüentemente, numa comédia. De nada adianta condenar o pior e mais perigoso dos facínoras, se durante o curso do processo ele pode fugir (isso para não falar no ensejo de destruir provas, corromper testemunhas etc.).

No sistema acusatório, as funções de acusar (pública ou privada), defender e julgar são incumbidas a diferentes pessoas. A apreciação das provas incumbe a um juiz imparcial que deverá, necessariamente, fundamentar sua decisão, de acordo com o bom senso, a experiência e os elementos informativos coligidos pela acusação e pela defesa. Consagra-se, portanto, o método da persuasão racional. De qualquer forma, na medida em que se diminuem os poderes *de ofício* do juiz, vedando-lhe a iniciativa da

---

<sup>19</sup> MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediar, v.1, p.23.

<sup>20</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. O processo criminal brasileiro. v.1, São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p.218.

ação, ou qualquer outro procedimento persecutório - mais nos se aproximamos do *sistema acusatório puro*<sup>21</sup>.

Em nosso país, principalmente depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 (que revogou os chamados procedimentos judicialiformes), adota-se, em tese, um processo de estrutura acusatória.

Há separação clara nas funções de acusar, defender e julgar; é garantida a igualdade das partes, autor e réu se encontram em pé de igualdade, na presença de um juiz imparcial.

A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o *jus puniendi* e a liberdade do réu<sup>22</sup>.

Separadas estão, no Direito Pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. O impulso inicial ao processo, é dado pelo Ministério Público, quando se trata de ação penal pública, ou o particular, quando o caso é de ação penal privada. O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, as quais ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da *notitia criminis*.<sup>23</sup>

Na precisa observação de Hermínio Alberto Marques Porto<sup>24</sup>, a preocupação de se reforçar o sistema acusatório, no âmbito do anteprojeto Frederico Marques, podia ser sentida no aparelhamento do Ministério Público; no reforço das garantias constitucionais para o pleno e efetivo exercício do direito de defesa e, também, na revogação dos chamados procedimentos de ofício, colocando-se o juiz em uma situação de equidistância em relação às partes.

---

<sup>21</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Ação Penal (análises e confrontos). São Paulo: Saraiva, 1938, p.31; também, nesse sentido CARNELUTTI, Francesco. Lezioni di Diritto Processuale Civile. v. II. Padova: CEDAM, 1933, p. 355-356.

<sup>22</sup> MARQUES, Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, vol. I. Campinas: Millennium, 2003, p. 66.

<sup>23</sup> MARQUES, Frederico. Op.cit. p. 67

<sup>24</sup> PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). Tribunal do Júri: culpado ou inocente? Anteprojeto de Código de Processo Penal de Novembro de 1994. In: Justiça Penal 3, críticas e sugestões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.206.

Portanto, é inerente a um autêntico sistema acusatório, a investigação prévia incumbida à Polícia Judiciária que, funcionando como órgão auxiliar do juízo e do Ministério Público, reúne em um inquérito policial, uma série de informações que devem servir, exclusivamente, para a formação do convencimento do *dominus litis* quanto à viabilidade da ação penal. Essa fase “prepara a persecução penal que vai ser levada a juízo por meio da ação penal”.

Convém assinalar, outrossim, que o nosso sistema acusatório não apresenta afinidade, quanto à iniciativa instrutória do magistrado, como o chamado *adversarial system*, que predomina no Direito anglo-americano, embora ali não seja adotado, atualmente, na sua inteireza.

O sistema *adversarial* — que, efetivamente, não representa um contraponto ao processo de estrutura acusatória<sup>25</sup>, é plasmado sobre a premissa de que a verdade é mais facilmente descoberta quando há duas partes em litígio e cada uma delas conduz a própria investigação, apresentando diferentes teorias sobre a lei e sobre o caso concreto ao tribunal. Neste sistema, o juiz é, efetivamente, neutro e inerte, só intervindo quando a lei assim o determina ou, por outro lado, quando é solicitado por uma das partes.

Esse modelo processual conta, nos Estados Unidos, com muitos críticos. Seus detratores argumentam que a verdade não é encontrada porque o sistema encoraja as partes a apresentar narrativas deturpadas, enganosas e, não raro, inverídicas sobre fatos.

O *adversarial system* é também acoimado injusto, pois, embora esteja baseado na teoria de que haverá duas partes em igualdade de condições, essa premissa é questionável, já que dependerá das habilidades específicas do advogado e do promotor, além do seu próprio aparato e força de investigação. Pondera-se, por exemplo, que os órgãos estatais incumbidos da persecução estão mais bem aparelhados do que os acusados, o que torna irreal aquele desejo de igualdade de condições.

---

<sup>25</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.71-79.

No *inquisitorial system*<sup>26</sup>, em contrapartida, o processo não é encarado como uma disputa, mas sim como uma indagação, uma perquirição, na qual a corte é instada a reunir elementos de prova e, de maneira independente, avaliá-las e proferir o julgamento.

Nesse sistema, não interessa, por exemplo, se o acusado admitiu ou não a culpa, ou o que o promotor ofereceu em troca. O procedimento pode ser conduzido indiferentemente à atitude ou ao pedido da acusação. O tribunal não está preso à disputa entre as partes.

De qualquer modo, o sistema adversarial está longe de ser abolido. É ele que melhor propicia as variadas formas de *plea negotiation*, nas quais se espera do juiz grande dose de neutralidade e inércia. Esse fato é de grande relevância, especialmente quando se sabe que cerca de 90 a 95% das condenações no sistema norte-americano provêm da *Justiça Negociada*.<sup>27</sup>

### 1.3.3. Processo inquisitivo

As calamidades a que conduzia o processo acusatório levaram o Senado romano a encarregar os *quaesitores* de averiguar as infrações de que tivessem notícia, evitando que os infratores ficassem impunes. Não é fácil precisar a época exata em que isso ocorreu. Mas é certo que, a princípio, essa iniciativa dos “*quaesitores*” só tinha ensejo quando alguém não apresentava a “*accusatio*”. O processo inquisitório apareceu como subsidiário do acusatório e os dois coexistiram durante muitos séculos; ao tempo de Diocleciano, ele passou a ser de *iure*, a forma normal, ordinária, mas, de fato, os encarregados de investigar e denunciar os crimes, isto é, os *quaesitores* e, nas províncias, os *irenarchae*, os *curiosi*, os *stationarii*, somente tomavam a iniciativa do inquérito quando não se apresentava um acusador. Aos poucos, foi caindo em desuso o processo acusatório e firmando-se o inquisitório.

---

<sup>26</sup> Como adverte Ada Pellegrini Grinover, não se pode confundir o *inquisitorial system* com sistema inquisitivo, as expressões não apresentam nenhuma sinonímia.

<sup>27</sup> FEELEY, Malcolm. The Adversary System. In: Encyclopedia of the American Judicial System. v. III. New York: Robert J. Janosik Editor, 1987, p. 763.

Enquanto vigorou o processo acusatório, o abuso da denúncia caluniosa, por parte do acusador, e o descaso do processo, por parte do acusado, chegaram a tal extremo que Teodósio e Valentiniano decidiram colocar-lhes um paradeiro, ordenando a prisão preventiva do acusado e do acusador.

Para evitar que os humildes fossem vítimas da cólera dos poderosos, que os homens de bem sofressem na boa fama, na estima pública e, finalmente, para assegurar o bom êxito das investigações, o processo passou a ser secreto, e documentados pela redução a escrito de todos os atos. O que não estivesse nos autos era como se não existisse: *Quod non est in actis non est in mundo*.

O juiz não se contentava com a verdade ficta. Buscava conhecer os fatos tal como eles haviam ocorrido e, para isso, tomava a iniciativa de ouvir testemunhas, dar buscas, fazer apreensões, colher documentos, determinar perícias (estas nascem com o processo inquisitório), proceder às vistorias, ordenar, enfim, todas as diligências necessárias ao conhecimento da verdade.

A investigação (*inquisitio*) se dividia-se em duas fases:

1. na primeira, pesquisava-se o fato em sua materialidade, sem atentar especialmente para ninguém. Por isso, era chamada *inquisitio generalis*. A ela, procedia o juiz antes mesmo de investigar contra o autor da infração (*priusquam inquirat contra delinquentem*);
2. apurada a existência do fato, passava-se, então, a investigar a culpabilidade daquele (ou daqueles) contra o qual (ou contra os quais) houvesse suspeita de autoria. Aí, sim, é que se perquiria especialmente acerca de alguém. Falava-se, por essa razão, em *inquisitio specialis*.

Tal sistema, a princípio excepcional e subsidiário, terminou por se tornar comum. A adoção dele e a suplementação do acusatório é o melhor argumento em favor de sua superioridade.

No século XIII, a Igreja adotou o processo inquisitório na repressão das infrações penais praticadas pelos hereges. Rapidamente, ele se alastrou

por toda a Europa, empregado também pelos tribunais civis. Infelizmente, o segredo, o uso da tortura, a concentração de poderes na mão do juiz transformaram o processo inquisitório em instrumentos superlativamente perigosos para a segurança dos indivíduos, dando lugar a abusos que a objetividade científica, a probidade histórica e, sobretudo, o dever de justiça mandam proclamar e até perfilar com veemência. Entretanto, o primeiro cuidado de quem pretende conhecer a verdade deve ser o de não se influenciar por preconceito de nenhuma espécie alguma e procurar os acontecimentos com absoluta isenção e serenidade.

Esse tipo de procedimento foi-se formando aos poucos como corretivo para os defeitos do acusatório. Não surgiu de jato, não foi uma criação da prepotência, não visou à opressão nem ao aviltamento. Ao contrário, foi ditado pela conveniência, pelo bem comum. Eloqüente o juízo de quem, pela autoridade intelectual e pela insuspeição ideológica, se pronuncia-se a esse respeito, como ensina Manzini<sup>28</sup>:

“O processo inquisitório, alvo de tantas declamações estranháveis e demagógicas, desenvolveu-se como uma necessidade social, sobre as bases do processo acusatório, conservando-lhe as formas compatíveis com a própria estrutura”.

Seria realmente espantoso que, não um povo, não alguns povos, mas quase todos os povos civilizados, houvessem, não por escasso tempo, mas por quase um milênio, aturado um sistema de procedimentos que não tivesse algum título para recomendá-lo. Nesse ponto, de invocamos outro grande jurista, João Mendes<sup>29</sup>, que afirma conter o sistema inquisitório,

“elementos que não podem ser repelidos, tanto assim que foi, nos séculos XIII a XVIII (poderia ter recuado muito mais), uma garantia de justiça e de liberdade. Quando o homem de condição humilde era exposto às arbitrariedades dos fortes, ricos e poderosos, não lhe era fácil comparecer ante as justiças senhoriais para acusar

---

<sup>28</sup> MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediar, v.1, p.31.

<sup>29</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. O processo criminal brasileiro, São Paulo: Freitas Bastos, v.1, p.218

sem rebuço, sem constrangimento e sem temor e quase certeza da vingança[...]”.

Seria, aliás, impossível catalogar todas as apreciações laudatórias de escritores que se detiveram em estudar o assunto.

No entanto, cumpre registrar que, apesar da intenção pura com que foi adotado, o processo inquisitório revelou-se um instrumento tecnicamente inidôneo.

Por um lado, a falta de denúncia impede o réu de formular convenientemente a defesa, por outro lado, a prevenção criada no espírito do inquisidor não lhe permite um julgamento psicologicamente imparcial.

Infelizmente, a impropriedade dos meios usados pelos povos somente se pode ser percebida pelos maus frutos colhidos após longo tempo. Quando isso se dá, a tragédia está consumada. Quantas vezes os médicos divulgam o uso de um remédio com a melhor das intenções e só o tempo lhes revela os efeitos calamitosos. Os próprios inquisidores perversos são, em parte, o produto da convicção geral acerca da conveniência dos meios empregados.

Para formar um juízo seguro nessa matéria, é preciso julgar o processo inquisitório (e os próprios Tribunais da Inquisição) não com a mentalidade de hoje, mas com a da época. O contrário seria distorcer as coisas e incidir nem um anacronismo de funestas conseqüências. Especialmente no que diz respeito à tortura, convém lembrar que, se hoje ela repugna, naqueles tempos estava em perfeita consonância com a dureza dos homens. É possível que, daqui a mil anos considerem-nos bárbaros por sujeitarmos pessoas a tantos vexames em um processo criminal (e por lhes impormos 30 anos de reclusão, com todos os seus consectários de abandono de cônjuge e filhos, da psicose carcerária, do problema sexual das prisões, da contaminação dos bons pelos maus etc.). No entanto, não há homem de bem que, atualmente, não encare tudo isso com a maior naturalidade. E é preciso não esquecer que a tortura não foi uma investigação do processo inquisitório. Ele já a encontrou com larga tradição entre todos os povos antigos.

O sistema inquisitório é, afinal, a afirmação de um procedimento administrativo em que o Estado se auto defende. Não se trata de atividade jurisdicional, a não ser formalmente.

O processo inquisitivo constitui o verdadeiro reverso da medalha do sistema anteriormente analisado. Nele, o juiz é a figura central do procedimento, pois nele se concentram as funções de acusar e julgar. O direito de defesa é limitado - como regra - e inexistente, em algumas oportunidades. Não há publicidade e isso conduz a uma instrução escrita do princípio ao fim. A decisão é entregue ao arbítrio do magistrado.

Para Frederico Marques<sup>30</sup>, “no processo inquisitivo, a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe.

No autorizado magistério de Giovanni Conso<sup>31</sup>, o sistema inquisitivo, tal como praticado no tempo de Diocleciano, dos imperadores do Oriente e no Direito Canônico, tem como principais características: a) intervenção *ex officio* do juiz; b) caráter sigiloso do processo com relação não apenas aos cidadãos, mas ao próprio acusado; c) procedimento e defesa totalmente escritos; d) desigualdade de poderes entre o juiz-acusador e o acusado; e) total liberdade do juiz na colheita da prova; g) encarceramento preventivo do acusado.

Conclui-se, assim, que, no sistema inquisitivo, o acusado não se apresenta como sujeito de direitos, mas como objeto do processo, não tendo proteção de qualquer garantia substancial.

#### **1.3.4. Processo misto**

É a encruzilhada entre as necessidades da repreensão e as garantias individuais. O processo tem de ser “suficientemente enérgico para evitar a impunidade dos criminosos e bastante dúctil para impedir a perseguição e condenação dos inocentes”. O procedimento inquisitório é mais eficiente para a apuração dos fatos, enquanto o acusatório oferece mais garantias ao

---

<sup>30</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, Campinas: Millennium, 2003, p. 64

<sup>31</sup> CONSO, Giovanni. Procedimento Penal ou Direito Processual Penal? Revista dos Tribunais (595): 288, ano 74, abril de 1985, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

acusado. No primeiro (inquisitório), o suspeito, o indiciado, o processado enfim, é objeto de investigações, no outro (acusatório) é sujeito de uma relação jurídica. Entretanto, o sistema que deveria prevalecer seria o misto, que reúne as vantagens e elimina os inconvenientes dos outros dois. Misto, porque, nele, o processo se desdobra em duas fases: a primeira é tipicamente inquisitória, a segunda é acusatória. Naquela, faz-se a instrução escrita e secreta, sem acusação, e, por isso mesmo, sem contraditório. Apura-se o fato em sua materialidade e a autoria, ou seja, a imputação física do fato ao agente. Nesta, o acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga. É pública e oral.

É o sistema inaugurado com o *Code d'Instruction Criminelle* francês, em 1808. O processo misto tem suas raízes na Revolução Francesa, mais especificamente na luta dos enciclopedistas contra os abusos propiciados por processos de estrutura inquisitiva então vigentes<sup>32</sup>. Como ensina Carrara<sup>33</sup>, situa-se “entre o processo acusatório puro e inquisitório, do mesmo modo que a monarquia constitucional se encontra entre a república e o governo despótico”.

Sua estrutura híbrida não facilita a definição taxativa de todos os seus aspectos. É certo, de qualquer forma, que ele se desenvolve de maneira escalonada e bipartida. A primeira fase - a instrutória - é secreta e escrita, presidida por um juiz “armado de poderes inquisitivos”<sup>34</sup>. Na segunda fase - a contraditória -, em que se dá o julgamento propriamente dito, admite-se o amplo exercício do direito de defesa, com todas as garantias dele emergentes.

Há países que prevêem a condução do processo pelo órgão do Ministério Público, como é o caso da Colômbia, em que, segundo Ada Pellegrini Grinover<sup>35</sup>, a etapa de investigação prévia, preliminar à instrução,

---

<sup>32</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. I, p.89.

<sup>33</sup> CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. v. II, parág. 851, São Paulo: Saraiva, 1957, p.324.

<sup>34</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 85-86.

<sup>35</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na Legislação latino-americana*. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 47, jan.-mar. 1993.

como também a própria instrução processual sigilosa, a ele lhes são atribuídas.

No Brasil, respeitadas as judiciosas opiniões em sentido contrário, o processo tem estrutura acusatória e a previsão de uma fase investigatória preliminar não lhe retira essa conotação<sup>36</sup>.

Com efeito, o inquérito policial não integra a instrução do processo. Trata-se de uma fase meramente investigatória, dispensável, e cuja única finalidade é fornecer ao titular da ação penal elementos suficientes para a formação da *opinio delictis* e o conseqüente oferecimento da acusação.

Muito embora a atividade da Polícia Judiciária tenha por finalidade preparar uma futura ação penal, colhendo os primeiros elementos de informação e impedindo, por exemplo, que os vestígios do crime desapareçam, essa atribuição não se desenvolve em face de uma acusação formal e tampouco pressupõe a existência das partes.

Além disso, como se vê pela própria exposição de motivos do Código de Processo Penal, uma das discussões na elaboração do diploma foi exatamente quanto à adoção, ou não, do chamado juizado de instrução, que, por aquela época, vigorava na grande maioria dos países da Europa Continental. Em nosso País, adotou-se sistema distinto. Houve, pelo menos na elaboração do texto, uma clara opção pela estrutura acusatória, que, muito tempo depois, foi reforçada, na sua inteireza, pela Constituição Federal de 1988. O processo judiciário compreende a instrução e o julgamento. Nos crimes da competência do júri, essas duas atividades estão separadas em duas fases, entre as quais se interpõe a decisão de pronúncia. Por meio desta, o juiz, entendendo estar provado o fato e a autoria (a lei fala em indícios, mas essa palavra tem ali o sentido de provas – Código de Processo Penal, artigo. 408), manda o réu a julgamento pelo júri. Nos demais crimes, tudo se faz em seqüência, instrução e depois julgamento. Mas, se bem que o inquérito seja inquisitório e o processo judiciário acusatório, em

---

<sup>36</sup> Como se lê na exposição de motivos do Código de Processo Penal: “O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, a averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as diligências dentro do território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizado de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiqüidade”.

suas linhas gerais, na verdade de fato, um e outro têm brechas: no inquérito, permite-se ao ofendido e ao indiciado requererem diligências (Código de Processo Penal, artigo. 14). E, na fase judiciária, inúmeros são os escritos, e se permite, por vezes, o segredo (v. g. Código de Processo Penal, arts. 486, 745, 792, §1º). Além disso, o juiz pode sempre determinar as diligências necessárias para descobrir a verdade (Código de Processo Penal, arts. 156, fine, 176, 209 etc.).

#### **1.4. Princípio constitucional do contraditório**

##### **1.4.1. Conteúdo do contraditório**

A garantia do contraditório não raro é definida como a ciência que se dá ao acusado da imputação, com o seu conseqüente chamamento a juízo para defender-se.

O conteúdo do contraditório, no entanto, pode ser ampliado, compreendendo outras importantes regras, tais como: a) a imparcialidade do julgador; b) a igualdade processual ou paridade de “armas”; c) a ampla defesa, compreendendo o direito à produção das provas lícitas, o direito à autodefesa e defesa técnica, a motivação das decisões, a garantia do duplo grau de jurisdição, com o reexame das decisões; d) a obediência a determinado rito procedimental.

Importante ressaltar que a garantia do contraditório no processo não guarda semelhança com o processo acusatório, pois pode haver contraditório fora de um processo de estrutura acusatória - é o que ocorre, em nosso país, nos chamados procedimentos administrativos - porém, não é possível falar-se em processo de estrutura acusatória sem que dele, necessária e explicitamente, se possa ser extraída a contraditoriedade.

##### **1.4.2. Juiz imparcial, partes e igualdade processual**

É da própria essência do processo de estrutura acusatória a existência de um órgão julgante equidistante, assegurador da presença das partes

numa situação de efetiva igualdade e reciprocidade.

Como salienta Hélio Tornaghi<sup>37</sup>, um processo acusatório e jurisdicionalizado é a exata medida para se atingir a verdade. É o único que permite o amplo debate entre as partes, que, em salutar oposição dialética e em sinergia, procuram subministrar ao juiz sua versão sobre os fatos e sobre o direito. Fornecem-lhe - nessa estrutura cooperatória tridimensionalizada - os meios necessários à prolação de uma sentença justa.

No magistério de Ada Pellegrini Grinover, a paridade de armas ou par condicio pressupõe o equilíbrio de situações entre os ofícios da acusação e da defesa, em situação de reciprocidade e não apenas de mera igualdade formal. Deve ser resguardado o equilíbrio de forças entre as partes, traduzido “na necessidade de lhes garantir a possibilidade de desenvolverem plenamente a defesa de suas próprias razões”. Essa concepção acentua

“a necessidade de a equidistância do juiz ser adequadamente temperada, mercê da atribuição ao magistrado de poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório e, conseqüentemente, sua colaboração e cooperação no justo processo”.

É bem verdade que cada uma das partes, nesse processo de colaboração, só levará ao conhecimento do juiz aquilo que lhe for útil. Incumbe ao magistrado, como salienta Hélio Tornaghi<sup>38</sup>, “pesar as provas e alegações” e, partindo desse confronto dialético, proferir uma decisão justa.

O processo penal não se satisfaz, nessa medida, com a formal existência das partes. É importante que o magistrado mantenha o equilíbrio efetivo entre os ofícios de acusação e defesa, para que a persecução não se transforme em simulacro a serviço da condenação ou da absolvição.

Desse conceito, resulta o poder do juiz de velar pela defesa técnica, seja nomeando defensor ao acusado, seja declarando-o indefeso, com o reconhecimento de nulidade insanável (Código de Processo Penal, artigo

---

<sup>37</sup> TORNAGHI, Hélio. A Relação Processual Penal. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 157. V., nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias Constitucionais do Processo. In: Novas Tendências. Op. cit. p.02-03; FOSCHINI, Gaetano. Sistema del Diritto Processuale Penale, vol. I. Milano: Giuffrè, 1965, p. 226-230.

<sup>38</sup> TORNAGHI, Hélio. A relação processual penal. Op. cit. p. 158.

564, inciso III, I), sem que, para tanto, tenha de abdicar da imparcialidade.

O magistrado, como acentua Marco Antonio Marques da Silva<sup>39</sup>, não é autômato e tampouco burocrata que se abstém de “sentir e viver a lei em confronto com o sentido e a vida do caso a que ela se destina, no complexo de adequação do texto às condições do meio.” É certo, no entanto, que o juiz, no desempenho dessa atividade fiscalizadora e assecuratória da igualdade das partes, não pode avocar para si a função de acusador ou defensor. Ele deve demonstrar pleno domínio dos preceitos constitucionais que norteiam o processo, para saber discernir sua legítima atuação garantidora daquele equilíbrio (estimulando o contraditório, buscando a verdade real etc.) de uma atividade, *a priori*, já comprometida com a condenação ou absolvição. E, na prática, nem sempre é possível encontrar-se esse meio termo.

A obediência ao contraditório exige, portanto, a ciência bilateral quanto à imputação e a possibilidade de contrariá-la com todos os meios e recursos inerentes à ampla defesa. Destaque-se, nesse tema, a interessante asserção de Guilherme de Souza Nucci<sup>40</sup>, para quem, o juiz togado, no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, na sua atividade fiscalizadora e assecuratória, deve permitir aos jurados a ampla cognição das provas, inclusive as da acusação, sob pena de se reconhecer a sociedade como indefesa, com a conseqüente dissolução do Conselho de Sentença.

### **1.5. Ampla defesa: autodefesa e defesa técnica**

No processo penal, avulta, em toda sua plenitude e essência, o direito de defesa, que, na definição de Faustin Hélie<sup>41</sup>, não é um privilégio e tampouco uma simples conquista da humanidade, mas um autêntico direito originário e, por isso mesmo, inalienável.

Nesse mesmo sentido, estabelece a Constituição Federal, no seu

---

<sup>39</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. A vinculação do juiz no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 59.

<sup>40</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Júri - princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 124-128 e 203.

<sup>41</sup> HÉLIE, Faustin apud VICENTE de Paulo Vicente Azevedo. Curso de Direito Penal Judiciário Penal. v. I, Local, editora, data. 72-73.

artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O direito de defesa deve ser visto no seu duplo aspecto: o *subjetivo* - que, consistente na faculdade de, em abstrato, infirmar a imputação deduzida; e o *objetivo*, - que conduz à defesa concretamente exercida, consubstanciada na autodefesa (por meio do interrogatório, participação da audiência etc.), defesa técnica (direito de ser defendido por profissional habilitado) e o direito de produzir provas lícitas, o direito de ver essas provas apreciadas e, em suma, influir no convencimento do julgador (assegurado no axioma do *in dubio pro reo*).

Como observa Fernando de Almeida Pedroso<sup>42</sup>,:

“Em vista do princípio da isonomia ou igualdade de todos perante a lei, ao réu confere-se o direito de atuar probatoriamente, em face do que alega, em igualdade de condições com o órgão estatal acusatório. Não fosse assim e o direito de defesa assumir-se-ia como simples quimera ou fantasia legal, cuidando-se de mera formalidade e não de efetivo direito”.

Na visão de Ada Pellegrini Grinover<sup>43</sup>, o direito de defesa, *fator legitimamente da própria jurisdição*, garantido constitucionalmente, apresenta-se sob duas facetas: defesa técnica e a autodefesa.

“A primeira é, sem dúvida, indisponível, na medida em que, mais do que garantia do acusado, é garantia da paridade de armas indispensável à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz”. Na mesma oportunidade, pondera que “a autodefesa, não podendo ser imposta ao acusado, é renunciável por este, muito embora não se deixe de salientar seu aspecto de garantia constitucional”.

---

<sup>42</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. Processo Penal, o direito de defesa, (repercussão, amplitude, limites). Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 18-19.

<sup>43</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Garantias Constitucionais do Processo. In: Novas Tendências. Op. cit. p. 9.

É nesse mesmo sentido a lição de Rogério Lauria Tucci<sup>44</sup>, quando assevera que:

“para ser assegurada a liberdade e, sobretudo, a igualdade das partes, faz-se imprescindível que, durante todo o decorrer do processo, sejam assistidas e/ou representadas por um defensor, dotado de conhecimento técnico especializado, e que, com sua inteligência e domínio dos mecanismos procedimentais, lhe propicie a tutela de seu interesse e determine o estabelecimento ou o restabelecimento do equilíbrio do contraditório”.

Por essa razão, aliás, é que dispõe expressamente o artigo 261 do Código de Processo Penal, que: “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. E, mais recentemente, com o advento da Lei n° 9.271/96, que veda o processo e julgamento à revelia do acusado citado por edital e que não constitua defensor, fica ressaltada a efetividade desse direito de defesa, que não mais se satisfaz com a presunção de ciência quanto ao teor da imputação, decorrente de uma citação ficta e presumida.

Essa alteração no Estatuto Processual Penal, conquanto tenha merecido no nosso país algumas críticas contundentes, constitui uma proposta consistente de política criminal, que elimina, em determinadas hipóteses, o julgamento *in absentiam*<sup>45</sup>.

Ora, a regra, aliás, já vem sendo adotada no direito estrangeiro, em países como Portugal, França, Bélgica e Luxemburgo<sup>46</sup> e já, há muito tempo, vinha sendo reclamada pela doutrina pátria<sup>47</sup>.

É certo, ainda, que não basta a simples presença do acusado aos atos

---

<sup>44</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 110-111.

<sup>45</sup> A vedação do julgamento à revelia não é uma conquista ou criação da moderna processualística penal. No último período do processo penal romano, firmou-se que o acusado não poderia ser julgado à revelia, *salvo tratando-se de crimes punidos com penas leves, até o degredo inclusive, e provada a contumácia*, assegurando-se, no entanto, a conservação das provas, sinais e vestígios de crime. Cf. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. O Processo Criminal Brasileiro. V. I, 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 47.

<sup>46</sup> BARREIROS, José Antonio. O julgamento no Novo Código de Processo Penal. In: Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1993, p. 278.

<sup>47</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. O Processo Criminal Brasileiro. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, v. II, p. 209-210;

do processo e seu acompanhamento por defensor habilitado. É essencial que se lhe assegure, com tempo razoável, o conhecimento pleno e prévio da acusação e, principalmente, o direito de entrevistar-se com aquele que o representará. Só desta maneira é que será possível assegurar, na sua amplitude, o efetivo direito de defesa.<sup>48</sup>

Não se pode conceber, nesta ordem de idéias, a nomeação de defensores de última hora para a prática de atos tão importantes do processo, como, *v.g.*, a produção de prova testemunhal, o que, ainda que isso seja rotineiro no dia-a-dia forense.

Esse deletério costume na prática processual penal está intimamente ligado ao sistema eminentemente escrito. Neste, dá-se especial ênfase aos protocolos lavrados na audiência de instrução, na certeza de que, *a posteriori*, as partes terão tempo suficiente para analisar o conteúdo desta ou daquela declaração e formular brilhantes arrazoados. Se, por um lado, esse raciocínio é verdadeiro, por outro lado, a impugnação de uma determinada assertiva, com a audiência encerrada, é impossível.

A valoração dos elementos de convicção introduzidos no processo resume-se à análise de termos escriturados, com todas as ambigüidades e defeitos que possam conter. Assim, a busca da verdade real, que deve decorrer de uma participação dinâmica e ativa das partes dentro do processo, fica resumida a uma pesquisa fria, estática e formalista da escrita, num “quase” julgamento.

Ligado indissolúvelmente à ampla defesa está o direito à prova<sup>49</sup>, que, na concreção do seu alcance normativo, traduz não só a possibilidade de produzir provas lícitas, participar da instrução em todos os seus momentos procedimentais, como também - e principalmente - o direito de influir no convencimento do julgador.

---

<sup>48</sup> Essas recomendações constam expressamente do artigo 8º, parág. 2º, alíneas “c” e “d” e “e” da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (*Pacto de San José da Costa Rica*), ratificada pelo Brasil em 25.11.92, por meio do Decreto 678/92.

<sup>49</sup> A palavra prova, como acentua TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal.v. I, 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 265-266, é usada em vários sentidos, mas todos relacionados entre si, ou seja: *a atividade probatória; o procedimento da prova; o resultado dessa atividade; os meios de prova e, ainda, a sua finalidade.*

Trata-se, como adverte Antonio Magalhães Gomes Filho<sup>50</sup>, de uma intensa atividade “de reconstrução de acontecimentos passados” e um “instrumento de solução de conflitos sociais”, que transcende a “verdade circunscrita ao processo”.

Daí porque, segundo Ada Pellegrini Grinover<sup>51</sup>,

“o concreto exercício de ação e defesa, tendo por escopo influir sobre o desenvolvimento e o resultado do processo, fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do evento posto como fundamento da ação ou da exceção: ou seja, à possibilidade de a parte servir-se das provas”.

O direito à prova não se exaure nas medidas assecuratórias das defesas técnica e da autodefesa ou na possibilidade real de apresentar ao juiz elementos aptos a infirmar a imputação.

Em outras palavras,

“[...] não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo - como oposição ou resistência -, mas, principalmente, a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo<sup>52</sup>.”

Exige-se, portanto, o “correlato de uma decisão fundamentada de acordo com o sistema da livre convicção ou da persuasão racional<sup>53</sup>, deduzida perante o *juiz natural*”.

---

<sup>50</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 1997, p. 18.

<sup>51</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Processo**. Op. cit. p. 19.

<sup>52</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As Nulidades no Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 98-99; nesse mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Constitucionais do Processo. Op. cit. p. 19.

<sup>53</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à Prova. Op. cit. p. 161, prefere esta denominação (persuasão racional), com a irretorquível justificativa de que a *expressão livre convencimento tende a obscurecer o elemento lógico-intelectivo do processo de avaliação, exaltando o fenômeno psicológico complexo (convencimento)*.

E na sentença, mais do que em qualquer outro momento, é que a parte poderá aquilatar se teve respeitado seu direito à prova e até que ponto pôde influir no julgamento.

## 1.6. Da citação

Antes de discutirmos o fator reincidência, que é a base do nosso trabalho, necessário se faz discorrermos sobre a importância do conhecimento prévio da acusação, em consonância com as letras *b* e *c*, *item 2, do artigo 8º, do Pacto de São José da Costa Rica, bem como o item de número 1, do mesmo Diploma.*

J. S. Cunha e José Jairo Baluta<sup>54</sup>, ensinam que o direito ao conhecimento prévio da acusação tem, como regra, a faculdade de o acusado providenciar os meios adequados para preparar a sua defesa; de ser assistido, em todos os atos, por defensor (constituído ou nomeado) e, o de contraditar as provas.

O que mais acentua o contraditório é a obrigação que tem o juiz de ouvir as partes para poder analisar as razões e confrontar (valorando) as provas consideradas adequadas à formação de sua convicção.

O direito de audiência acena com a possibilidade facultada às partes, de intervir e influir, pessoalmente, em todos os atos processuais. Afirma-se que essa oportunidade deve ser real, concreta e eficaz, traduzindo-se num esforço efetivo de oportunização, motivo por que a comunicação deve ser antecipada ao ato, contendo, com clareza, o local, o horário e objeto da acusação, para facultar a organização e o preparo da intervenção.

Evidente que, para todo ordenamento jurídico, é indispensável que a pessoa que vá responder a uma lide tome previamente conhecimento dela.

Assim, a citação prevista no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, é o ato pelo qual o réu toma conhecimento da demanda que lhe foi

---

<sup>54</sup> CUNHA, J.S. ; BALUTA, José Jairo. O Processo Penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica. A vigência e a supremacia sobre o direito interno brasileiro. (Dec. 678/92). São Paulo: Juruá, p.119-122.

proposta. É o primeiro chamado, razão pela qual a citação é o mais importante meio de comunicação processual<sup>55</sup>.

Pontes de Miranda<sup>56</sup> mostra-nos que “quem cita, se refere à instauração da demanda, e a continuação do processo, ao processo mesmo. A citação é o alicerce do processo e o protótipo do ato processual.”

Não devemos, portanto, considerá-la apenas e tão somente como simples comunicado, mas como um chamamento para que o indivíduo exerça seu total direito de defesa perante o Poder Judiciário.

O Instituto da citação assume caráter de um princípio natural, tanto que a nossa Constituição Federal acolheu tal preceito, marcando a importância da citação no artigo 5º, incisos LIV e LV.

É norma constitucional o princípio do devido processo legal, que abrange, não só a defesa técnica, mas a obra do réu, a igualdade processual e a bilateralidade dos atos processuais. O interrogatório do réu é um importante instrumento para a valoração da prova produzida.

A citação é de tal importância que a sua ausência corresponde a nulidade insanável, como descreve o artigo 564, III, “e” do Código de Processo Penal, podendo ser atacado por ordem *de habeas corpus* ( artigo 648, VI, do Código de Processo Penal).

### **1.6.1. Indispensabilidade da citação**

Conforme já assinalado, a citação é indispensável. Além de ser um ato formal, é necessário que o citando tenha ciência exata da imputação que lhe é feita para que não seja surpreendido em sua defesa. Bem por isso, nem mesmo o conhecimento do processo pelo defensor do denunciado a torna dispensável, exatamente pela necessidade de se formalizar o chamamento judicial do acusado.

A falta da citação acarretará a nulidade absoluta do processo, nos termos do artigo 564, inciso III, letra “e”, do Código de Processo Penal.

---

<sup>55</sup> SAMPAIO JÚNIOR, Denis Andrade. Suspensão do Processo e da Prescrição penal: Comentário à lei nº 9.271/96. Forense: Rio de Janeiro, 2000, *passim*.

<sup>56</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 195.

Ocorrerá, ainda, a nulidade, se esta (a citação) for realizada sem o cumprimento de suas formalidades essenciais, a teor do inciso IV do artigo 564 do referido estatuto. Isso se verifica porque ela é uma garantia constitucional do acusado, sem a qual sequer o processo existe, como já foi mencionado, pela não implementação da relação jurídico-processual.

Pelo que se infere do artigo 570 do Código de Processo Penal, a nulidade da citação, decorrente de sua ausência ou irregularidade formal, apenas estará sanada se, antes da realização do ato, o acusado comparecer, mesmo que seja meramente para argüir a irregularidade. Nessa hipótese, se o juiz entender que houve prejuízo para a defesa, deverá suspender ou adiar o ato. O eventual saneamento da citação, nessa hipótese, ocorre porque, com o comparecimento do acusado, a sua finalidade se completa, ou seja, a de dar conhecimento de uma imputação criminal.

De fato, não se trata, propriamente, de sanação, mas de uma hipótese de *substituição da falta*<sup>57</sup>. Já se decidiu, nesse tema, que a nulidade decorrente da falta da citação fica sanada, se o réu comparecer a juízo, for interrogado e apresentar defesa prévia. Entretanto, se o acusado comparecer em juízo no dia do seu interrogatório, ocorrendo sua citação, somente poder-se-á falar em nulidade, se ficar demonstrado ao prejuízo para a sua defesa.<sup>58</sup>

### **1.6.2. Espécies de citação**

No Processo Penal, a citação pode ser real ou presumida - ficta. A citação real, também chamada de pessoal, é aquela realizada na própria pessoa do acusado. A citação ficta é aquela realizada por meio de edital.

A citação real pode ocorrer por *mandado*, *requisição*, *carta precatória* ou *carta rogatória*, enquanto a citação ficta somente é realizada por edital.

---

<sup>57</sup> GRECCO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 272.

<sup>58</sup> RJTJESP 111/527 e STF, 1a. Turma, HC nº 72.132-0/GO, Rel, Ministro Celso de Mello, DJU de 9/5/97.

### **1.6.2.1. Citação por mandado**

A teor do artigo 351 do Código de Processo Penal, dar-se-á a citação por mandado sempre que o réu estiver no território sujeito à jurisdição do juiz que a tiver ordenado.

A citação por mandado é aquela feita pessoalmente ao acusado, não a suprimindo a ciência do seu defensor constituído nem mesmo a mera ciência em cartório pelo réu. A ausência de citação pessoal, quando possível, tornará nulo o ato pela inobservância de uma formalidade essencial (artigo 564, inciso III, letra “e”, do Código de Processo Penal).

Cabe ao oficial de justiça o cumprimento do mandado de citação, que poderá ser executado em qualquer dia, inclusive sábados, domingos e feriados, e em qualquer horário. Na hipótese de o oficial de justiça não localizar o réu no endereço constante do mandado, poderá ele, obtendo seu novo paradeiro, prosseguir nas diligências até a efetivação do ato, desde que dentro da jurisdição do juiz processante, fazendo certificar no mandado tal circunstância. Encontrando o réu, o oficial de justiça procederá à leitura do mandado ao citando, entregando-lhe a contrafé, na qual constará o dia e a hora da citação. No caso da aceitação ou recusa da contrafé, o oficial de justiça ainda lançará sua certidão no mandado.

### **1.6.2.2. Citação por precatória**

Verificar-se-á a citação por carta precatória, se o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, ou seja, se o réu residir em outra localidade ou para ela tiver se mudado após a prática criminosa (artigo 352 do Código de Processo Penal). Constatado que o réu reside em local diverso da jurisdição do juiz processante, este expedirá uma carta precatória, que conterà os requisitos do artigo 354 do Código de Processo Penal, isto é, o juiz deprecado e o juiz deprecante; a sede da jurisdição de um e de outro; o fim para que é feita a citação, com todas as especificações; o juízo do lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer.

No Estado de São Paulo, o interrogatório poderá ser realizado pelo juiz deprecado, por força do Provimento CXCI, de 19.11.1984 do Tribunal de Justiça. Expedida a precatória, a citação do réu será feita por mandado do juiz deprecado.

Se o acusado residir em outra jurisdição, poderá o juiz deprecado remeter os autos da precatória para este outro juízo, com o fim de dar cumprimento da diligência. Ainda, se o réu estiver em local incerto e não sabido ou se ocultar para não ser citado, os autos serão devolvidos para que o juiz deprecante proceda à citação por edital, nos termos do artigo 362, Código de Processo Penal.

### **1.6.2.3. Citação do réu preso, do militar e do funcionário público**

Antes do advento da Lei nº 10.792/03, o réu preso e o acusado militar eram citados por intermédio de *requisição judicial*. Fernando de Almeida Pedroso<sup>59</sup> define a requisição citatória como sendo “o ato judicial de que se prevalece o juiz para determinar, a interposta pessoa, que intervenha para que o chamamento chegue ao conhecimento do acusado e o faça comparecer a Juízo no dia e hora marcados”.

Como o réu preso não dispõe de sua liberdade de ir e vir, seria necessário determinar ao Diretor do Presídio em que se encontrasse que o apresentasse no dia, hora e local marcados para o seu interrogatório. A não apresentação do acusado por responsabilidade administrativa não seria considerada para efeitos de contumácia.

Entretanto, com a promulgação da Lei nº 10.792/03, o réu preso deverá ser citado, sempre pessoalmente, e não mais por meio de requisição, assegurando-se entrevista prévia com seu advogado.

Permanece, entretanto, a requisição para militar, por questão de disciplina, uma vez que o militar também tem obrigações para com seu superior hierárquico. Sua citação é feita por requisição, que é instrumentalizada em um ofício, contendo todos os requisitos de um mandado. O chefe de serviço do militar é que irá autorizá-lo a comparecer

---

<sup>59</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. Op. cit. p. 136.

para o seu interrogatório. Na hipótese de o acusado se ausentar, apesar de regularmente requisitado e autorizado pelo superior hierárquico, será decretada sua revelia.

A citação do funcionário público civil não exige sua requisição ao seu chefe de serviço. O acusado é citado por mandado e o seu superior notificado do dia, hora e local em que aquele deverá comparecer. Se o funcionário estiver afastado do cargo, a notificação ao chefe da repartição não será necessária.

Ressalta-se, que a ausência da notificação do chefe da repartição não constitui formalidade essencial. Neste caso, se o funcionário, embora devidamente citado, não comparecer, será decretada a sua revelia, salvo se o seu superior não tenha autorizado sua saída, uma vez que a notificação presta-se somente como complementação para se evitar alguma penalidade administrativa pela falta do funcionário, bem como para permitir aos responsáveis da repartição pública a normalidade e a regularidade do serviço público.

#### **1.6.2.4. Citação por carta rogatória e em legação estrangeira**

Dá-se a citação por carta rogatória, quando o réu estiver no estrangeiro, mas em lugar sabido. Caso o país rogado se negue a dar cumprimento à carta regularmente expedida, a citação será feita por edital, por considerar que o acusado está em lugar inacessível por força maior.

A carta rogatória apresenta-se da mesma forma que a carta precatória, diferenciando-se apenas na sua forma de execução, diferenciando-se apenas na sua forma de execução, por via diplomática, remetendo-a ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento às autoridades estrangeiras competentes.

Na hipótese de a citação ser feita em uma legação estrangeira - embaixada - ela será efetuada mediante carta rogatória, por intermédio dos Ministérios da Justiça e das Relações Exteriores.

A Lei n° 9.271, de 17.04.1996, introduzindo uma nova redação para o artigo 368 do Código de Processo Penal, determinou a suspensão do prazo

de prescrição até o cumprimento da carta rogatória expedida para a citação do acusado que se encontra no estrangeiro, em lugar sabido.

#### **1.6.2.5. Citação por edital**

A inviabilidade da citação pessoal levou os legisladores à verificarem que perderia citar o réu fictamente, e, neste caso, haveria uma presunção de conhecimento pelo réu, com a publicação da sua convocação pelo juízo e, por consequência, a relação processual estaria concretizada.

A citação por edital é a única espécie de citação ficta, na qual apenas se presume que o acusado teve conhecimento da imputação e da existência do processo.

São, fundamentalmente, quatro as hipóteses de citação por edital: quando o réu não for encontrado; para aquele que se oculta para não ser citado; para o acusado que está em lugar inacessível; quando incerta a pessoa que tiver de ser citada.

A primeira hipótese - quando o réu, procurado pessoalmente, não é encontrado - o oficial de justiça deve se certificar de que o réu não foi localizado, que está em local incerto e não sabido. Somente depois disso poderá realizar a citação por edital, com prazo de cinco dias.

A certidão do oficial de justiça tem fé pública e, portanto, a presunção relativa de veracidade. Para ser contestada pela defesa, deve haver prova cabal no sentido contrário ao seu teor, ou seja, de que o réu se encontrava neste ou naquele endereço constante do mandado na época da diligência.

Se o acusado, no entanto, declinou um endereço falso ou incorreto na fase inquisitorial, não há que se falar em nulidade por não ter sido ele procurado no verdadeiro, uma vez que, nesse caso, terá dado causa à irregularidade. Na hipótese de o endereço ser verdadeiro, assim demonstrado nos autos, e o oficial de justiça não lograr localizá-lo, nulo será o processo, porque não foram esgotados todos os meios para encontrar o réu antes da realização da citação por edital.

Além de procurar nos endereços conhecidos nos autos do acusado, é costume diligenciar-se a sua localização nos estabelecimentos penais do

Estado da Federação onde se processa o feito, para que, se estiver preso, seja requisitado.

Para a realização da citação por edital, desnecessário diligenciar o paradeiro do réu não localizado nos órgãos públicos, como a Justiça Eleitoral, ou entidades particulares, desde que tenha sido procurado nos endereços que figuram nos autos, pois a lei não obriga a execução dessas pesquisas como condição de validade da citação ficta, aceitando-se apenas as diligências ordinárias da Justiça.

Outra hipótese da citação por edital verifica-se quando o réu se oculta para não ser citado. De fato, a ação do Estado não pode ser obstada pela malícia do réu que se esconde da Justiça e, para se evitarem atrasos e paralisações judiciais, procede-se à citação ficta. Nesta hipótese, o prazo do edital é de quinze dias.

Também se dá a citação do acusado pela publicação de edital, com o prazo entre quinze e noventa dias, quando o réu está em local inacessível, em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior.

Espínola Filho<sup>60</sup> conclui, também, que é possível a citação ficta do réu no estrangeiro, em local sabido, e que tenha praticado uma infração inafiançável,

“se o país deprecado negar cumprimento à rogatória regularmente expedida, sob fundamento de não permitirem as suas leis se façam citações, ou notificações, ordenadas por autoridades judiciárias estrangeiras (como, anos atrás, vimos declarar um dos Estados da Federação norte americana, relativamente a uma rogatória da 6a. Vara Cível), ou por outro motivo que não irregularidade sanável do instrumento apresentado, é de considerar-se o lugar inacessível, procedendo-se à citação por edital (no caso supramencionado, assim fez o juiz do Distrito Federal)”.

A citação do réu, quando incerta sua pessoa, será feita por edital. Sabe-se que não é possível a instauração de um processo contra um agente desconhecido. Entretanto, o artigo 41 do Código de Processo Penal prevê a

---

<sup>60</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, 6. ed., Tomo I, v. III, p. 575.

possibilidade do oferecimento da denúncia sem a qualificação do acusado, desde que acompanhada de esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, enquanto o artigo 259 do mesmo estatuto processual observa a necessidade do prosseguimento da ação penal, quando certa a identidade física do acusado, apesar de impossível sua identificação com seu verdadeiro nome ou outros qualificativos. Esses dispositivos, aliás, bem esclarecem o que se entende por pessoa incerta, para fins do ajuizamento e prosseguimento da ação e, especialmente, para citação do acusado.

No edital, nesta hipótese, não constará o nome ou a qualificação do acusado, mas os esclarecimentos que possam tornar certa sua identidade física.

As alterações introduzidas pela Lei n° 9.271/96, no capítulo da citação, especialmente no artigo 366, tiveram como escopo atender de modo efetivo as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Esta intenção do legislador está manifesta na Exposição de Motivos do então projeto de lei:

“Em relação à citação por edital, artigo. 366, cogita-se da suspensão do processo e do próprio curso da prescrição para a hipótese do não-comparecimento do acusado. Tal hipótese, sem dúvida, leva à incerteza quanto ao conhecimento, pelo acusado, da acusação a ele imputada, o que pode motivar a alegação posterior, de cerceamento de defesa. Com efeito, os princípios da ampla defesa e do contraditório, adotados no ordenamento jurídico brasileiro, e a previsão da Constituição Federal de que ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (artigo 5°, LVI) conferem respaldo legal à nova pretensão do artigo 366, ainda mais quando a ela se acrescenta a autorização para que se produzam, antecipadamente, as provas, consideradas de maior urgência.”

#### **1.6.2.6. A citação pessoal e a ausência do réu**

O Código de Processo Penal, alterado pela Lei n° 9.271/96, não se utiliza mais da expressão “revelia”, antes presente nos artigos 366 e 369, para determinar o prosseguimento do processo, em face do não

comparecimento injustificado do acusado para um ato judicial, do qual foi citado inicialmente ou intimado pessoalmente. A despeito disso, a legislação em vigor pouco modificou o tratamento dado para essa hipótese.

O processo seguirá sem a presença do acusado quando, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, conforme dispõe o Código de Processo Penal, em seu artigo 367.

Observar-se-á igual efeito, se o réu mudar de residência e não comunicar à autoridade processante o lugar onde poderá ser encontrado - artigo 367 do Código de Processo Penal.

A única modificação que sofreu o estatuto processual, nesse tópico, foi a derrogação do efeito da contumácia, quando o acusado ausentar-se, por mais de oito dias, de sua residência, sem comunicar à autoridade processante.

A contumácia do acusado, que se queda inerte em face do seu chamamento pessoal, não impedirá, portanto, o prosseguimento da ação penal contra ele promovida. O processo, assim, seguirá sem a necessidade da intimação do acusado para os demais atos, com algumas exceções (intimação da sentença). Na lição de Tourinho Filho<sup>61</sup>, ela gera influxos “simplesmente, no prosseguimento da causa penal, com a desobrigação da autoridade processante de lhe dar ciência da realização de qualquer ato do processo”.

A ausência do réu, entretanto, não poderá cercear o seu direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, a teor do artigo 261 do Código de Processo Penal, que assim dispõe: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Portanto, diante da ausência do acusado, ser-lhe-á nomeado um defensor dativo para proceder sua defesa técnica, salvo se ele já houver constituído advogado nos autos.

A ausência do acusado não impedirá a sua condução coercitiva por ordem do juiz, para a realização do seu interrogatório, reconhecimento ou

---

<sup>61</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo, Saraiva, 1997 v. III, p.197.

qualquer outro ato que não possa ser realizado sem a sua presença. Além da ordem de condução, o mandado conterá os requisitos do artigo 352 do Código de Processo Penal (do mandado de citação), no que lhe for aplicável. No caso da condução para o seu interrogatório, naturalmente, a teor dos artigos 186 e 191 do estatuto processual, o réu não está obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas.

De outra parte, como se evidencia do texto legal, o prosseguimento do processo sem a presença do acusado somente se dará se esta for injustificada. Assim, se a ausência decorreu de irregularidade da qual ele não deu causa, o processo poderá ser declarado nulo, renovando-se todos os atos até então praticados. Se o réu estiver preso com conhecimento do juízo e não comparecer para o ato, interrogatório ou audiência de instrução, pela falta de requisição, o processo não poderá ter seu curso, sob pena de constrangimento ilegal, conforme se tem reiteradamente decidido<sup>62</sup>.

Desse modo, se ficar demonstrado que o réu que não pôde comparecer para o ato por motivo de força maior ou caso fortuito, a contumácia será relevada, prosseguindo-se o feito regularmente, com as devidas intimações e notificações. Tem-se reconhecido justo o motivo da contumácia na hipótese de o acusado ter sido preso pouco antes do interrogatório, sem que tivesse ocorrido a tempestiva notícia ao juízo processante. Além dessa hipótese, justifica-se a ausência do réu doente ou, ainda, intimado a comparecer, primeiramente, a um outro Juízo de Direito.

A regra da suspensão do processo não incide, todavia, se, após a citação pessoal, o acusado mudar de endereço sem comunicar ao juízo.

---

<sup>62</sup> TACRIM/SP, HC n° 169.046-2, Rel. Juiz Heitor Prado, RJDTACRIM 1/196.

## 2. NOÇÕES GERAIS SOBRE A LEI N° 9.271 DE 17.04.1996.

A Lei n.º 9.271, de 17/4/96, trouxe nova redação aos artigos 366 a 370 do Código de Processo Penal e, como toda lei nova, suscitou alguma perplexidade<sup>63</sup>.

O tema da suspensão do processo com simultânea suspensão do lapso prescricional é o que vem suscitando maiores discussões. Nada obstante, outros aspectos de uma Lei multifronte – ela atende a compromissos firmados internacionalmente pelo Brasil e também se insere em um plano de racionalização do processo penal que também deve merecer atenta reflexão.

Dentre eles, podem ser indicados: a natureza jurídica do diploma, a sua constitucionalidade, a sua aplicabilidade imediata ou sua irretroatividade, a possibilidade de cisão na aplicabilidade, se reconhecida a natureza dúplice, a obrigatoriedade da coleta de provas ou de decreto da segregação provisória e os recursos cabíveis.

As questões polêmicas do novo diploma foram enfrentadas por estudiosos do Direito Penal e Processual Penal e logo ganharam espaço.

É relevante que os operadores do Direito se compenetrem nos objetivos da lei. O réu tem o direito de defrontar-se com o julgador. Esse direito está inserido no princípio do contraditório sem o qual não existe cidadania plena.

Parece-nos que, com o advento da Lei 9.271, de 17.04.1996, o legislador teve a intenção de adequar a medida ao artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Decreto nº 678/92 - que entrou em vigor internacionalmente em 18.07.1978, tendo sido ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. O Congresso Nacional a aprovou-a pelo Decreto do Poder Legislativo 678, de 06.11.1992, e

---

<sup>63</sup> NALIM, José Renato. A lei nº 9.271 e o TACRIM. Texto de apoio para intervenção oral durante o 1º Congresso Brasileiro de Direito Processual e Juizados Especiais realizado em Florianópolis, SC, em 28.08.97. In: Revista de Julgados do TACRIM/SP nº 37/1998, São Paulo: Fiúza, fls. 13 a 15, passim.

determinou-se o seu cumprimento no País)<sup>64</sup>

Com efeito, o item 1 do artigo 8º preconiza:

“Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Complementado pelo item 2 do mesmo artigo 8º, temos que:

“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) – direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) – comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) – concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) – direito de o acusado defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) – direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado, ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido; f) – direito de defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) – direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; h) – direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

---

<sup>64</sup> CUNHA, Fagundes, J.S. ; BALUTA, José Jairo. Processo Penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica: a urgência e a supremacia sobre o direito interno brasileiro. Dec. 678/92, São Paulo: Juruá, fls. 23 e ss.

Toda lei nova, surge repleta de erros e acertos, de omissões, provocando reações positivas e negativas, não só por parte dos estudiosos e aplicadores das leis, como também por parte da sociedade em geral.

O homem, vivendo por viver numa era democrática, exige que os direitos fundamentais sejam respeitados, pois as liberdades fundamentais constituem as próprias bases da justiça e da paz.

Assim, entendemos que o legislador afastou a “quase-defesa”, quando instituiu que o processo deve ser suspenso, quando o réu, citado por edital, não comparece e nem constitui defensor.

A lei 9.271/96 ainda não produz todos os efeitos para os quais ela foi preordenada. Até o momento, delinea-se, no maior e mais especializado Tribunal do Brasil, com tendência a ser considerada: a) – constitucional, ou seja, compatível com a ordem fundamental; b) – de aplicação irretroativa para os crimes praticados antes de sua vigência, diante da natureza mista da norma a um tempo material e processual; c) – insuscetível de cisão, ou seja, inviável a aplicação da parte considerada benéfica e a inaplicação da parte prejudicial ao réu; d) – a produção antecipada de prova está confiada ao prudente arbítrio do juiz em cada caso concreto; e) – o recurso cabível da decisão que suspende o processo é o recurso em sentido estrito.

Outras questões ainda suscitam dúvidas, tais como: o prazo prescricional a ser observado a partir da integral vigência da lei, não encontra unanimidade na doutrina e jurisprudência. Dentre as opções possíveis, aparece a que remete ao *caput* do artigo 109 do Código Penal, ou seja, o máximo da pena privativa de liberdade prevista para o crime é que passaria a ser considerado no cálculo desse lapso, já que o legislador omitiu o tempo de suspensão do processo.

Entretanto, com o advento da Lei 9.271/96, a situação mudou, principalmente no que tange à citação editalícia.

O referido artigo prescrevia que: “o processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado”.

Portanto, o processo tramitava normalmente, à revelia, até o trânsito em julgado da sentença. Por conseqüência, a ampla defesa e o contraditório pleno inexistiam, principalmente se o réu não nomeasse defensor.

Atualmente, o artigo 366 prescreve que:

“se o acusado citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficará suspenso o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no artigo. 312”.

Segundo Denis Andrade Sampaio Júnior<sup>65</sup>,

“A aplicação do novo artigo 366 do Código de Processo Penal, no que tange ao réu citado por edital, que não comparece, bem como não constitui advogado, tem dois fundamentos importantes. O primeiro, e o mais importante no nosso entendimento, é a aplicação na sua totalidade da garantia Constitucional com a imprescindível ciência do acusado de uma lide penal contra ele intentada. O segundo fundamento é no sentido de que a aplicação da sanção penal não será em vão, com mandamentos de prisão não cumpridos, pois, se não foi possível encontrar o réu para que responda a ação em curso, dificilmente o encontrará para sofrer as punições legais, ficando a Justiça desacreditada[...]

Ada Pellegrini Grinover<sup>66</sup> preleciona que:

“Constitui princípio hoje mundialmente reconhecido que o réu tem direito à informação a respeito da acusação,[...]. Atualmente, países como a Alemanha, Noruega, Suíça, Inglaterra, Áustria, Holanda, Canadá, Uruguai, Argentina e Chile, dentre outros, não admitem o prosseguimento da ação penal contra o réu revel citado por edital. Se conhecendo a acusação, o infrator não se defende, deixando o processo correr a revelia, a ação penal pode ter prosseguimento até final condenação. Se, entretanto, não é encontrado, não podendo por isso, tomar ciência da acusação, o processo não tem curso, aguardando-se o seu comparecimento.”

---

<sup>65</sup> SAMPAIO JÚNIOR, Denis Andrade. Suspensão do Processo e da Prescrição Penal: Comentários à Lei n. 9.271/96. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 21.

<sup>66</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Código de Processo Penal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT: 1995, nº 10, p. 61.

Assim, a presunção de que o acusado tinha conhecimento do processo, ditada pela citação por edital, considerada ficta, tornou-se incompatível com a perspectiva de um devido processo legal apto a condenar o autor da infração penal.

Ada Pellegrini Grinover<sup>67</sup> ensina que

“as garantias do contraditório e da ampla defesa, sob o aspecto dinâmico (correspondendo à igualdade de armas) indicam a necessidade de sua observância efetiva e concreta, não se satisfazendo com um enfoque meramente formal. O contraditório, em seu primeiro momento, deve corresponder à informação, pela qual se fará possível o exercício da defesa, e essa necessidade de informação fica praticamente infirmada pela ficção de uma citação editalícia”.

O réu não pode mais ser condenado sem o efetivo conhecimento de que contra ele existe um processo. No entanto, se for citado por edital, não comparecer e não constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, independentemente da infração cometida<sup>68</sup>. Situação análoga já existe no procedimento do júri, quando se tratar de crime inafiançável e o réu, sem motivo justificado, não se apresentar. Nesta hipótese, o julgamento pelo plenário do Júri não se realiza e fica suspenso até o seu comparecimento.

Contudo, a suspensão do processo como garantia de que o acusado não será condenado sem que possa exercer com amplitude sua defesa, vem acompanhada da suspensão da prescrição. Sua imposição torna-se necessária para não beneficiar somente o autor da infração penal, mantendo-se, assim, o equilíbrio entre a acusação e a defesa. A norma do artigo 366, por conseguinte, tem duplo alcance, a suspensão do processo e da prescrição, indissociáveis pela necessidade de guardar a igualdade entre as partes.

---

<sup>67</sup> Boletim do Ibccrim, n° 42, Edição Especial, ano 4, junho de 1996.

<sup>68</sup> A Lei de Lavagem de Dinheiro não recepcionou expressamente a aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal, o que repercute no prosseguimento do processo, apesar da revelia do acusado.

A lei é omissa quanto ao prazo de suspensão do processo e, por conseguinte, da prescrição. Em razão disso, alguns intérpretes passaram a sustentar que a lei criou uma causa de imprescritibilidade, o que seria inconstitucional, uma vez que os processos se eternizariam, suspensos, como a prescrição. Com base nesse entendimento, sustentam que o prazo prescricional deve ficar suspenso por período certo e determinado, após o qual deverá ser retomado.

Segundo Pedro Demercian e Jorge Assaf<sup>69</sup>.

“Esse magistério, no entanto, não nos parece ser o melhor. De fato, não se trata de uma situação de imprescritibilidade, pois o seu termo final é fixado pelo comparecimento do acusado. Não se pode esquecer, de outra parte, que também o Estado estará impossibilitado de exercer o *jus puniendi*”.

Continuam os mestres que:

“Além disso, a Constituição Federal, ao estabelecer a imprescritibilidade para alguns crimes (artigo 5º, incisos XLII e XLIV), não vedou ao legislador ordinário a ampliação desse rol, mesmo porque a prescrição é matéria típica de direito penal e deve ser tratado, em princípio, nessa seara (artigo. 22, inciso I, da CF).”

## **2.1. A produção antecipada de prova e a prova testemunhal**

A nova redação do artigo 366 do Código de Processo Penal condicionou o prosseguimento da instrução probatória a um evento futuro. No entanto, esse mesmo dispositivo admitiu a produção antecipada de provas, desde que consideradas urgentes e acompanhadas pelo Ministério Público e pelo defensor dativo.

Apesar do inovador dispositivo, o Código de Processo Penal, em seu artigo 92, ao tratar das questões prejudiciais, prevê situação análoga, na qual

---

<sup>69</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. São Paulo : Atlas, 2001.

o juiz pode suspender o processo *sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente*.

A interpretação gramatical do artigo 92 torna certo que o Estatuto Processual considera a inquirição das testemunhas uma prova de natureza urgente, que ficaria prejudicada com a paralisação do feito.

E não poderia ser de outra forma. O depoimento testemunhal é um dos mais valiosos instrumentos para a comprovação de determinados delitos. Em outras palavras, com o condicionamento do reinício da instrução a um fato futuro e incerto, surge uma das mais complicadas situações: o tempo. Daí porque, com acerto, observa Tourinho Filho<sup>70</sup>, que “[...] o tempo, dentre outras causas, internas ou externas, podem levar o indivíduo que queira dizer a verdade, a desvirtuar os fatos”.

Como ressalta esse ilustre processualista ao tratar das provas produzidas no período da suspensão imposta por uma questão prejudicial (artigo 92 do Código de Processo Penal, última parte)<sup>71</sup>,

“[...] não se suspende a fase instrutória na sua totalidade. Diz a lei: sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e das outras provas de natureza urgente. Assim, deve o Juiz ouvir as testemunhas mesmo porque a solução do cível pode demorar, e um depoimento tomado tardiamente perde, inegavelmente, todo aquele vigor probatório”.

A experiência forense demonstra que inúmeros depoimentos são perdidos em razão do decurso do tempo. Policiais militares e civis, e.g. , que atendem inúmeras ocorrências e que, não raras as vezes, são as únicas testemunhas, não podem deixar de ser ouvidas antecipadamente, sob pena de se despojar o processo do único elemento de prova possível. Em outras situações, detalhes ou percepções poderão ser esquecidos, retirando do depoimento a exatidão necessária para a prova do fato criminoso.

---

<sup>70</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, 9a. ed., v. III, p.264.

<sup>71</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 1987, 10. edv.,v. II, p.464.

O insigne Promotor de Justiça Álvaro Busana, em parecer ofertado no Habeas Corpus nº 214.588.3/9 do Tribunal de Justiça, alertou que o problema das provas urgentes deve ter o mesmo tratamento daquele conferido no capítulo das questões prejudiciais:

“De fato, o risco de perda da prova testemunhal é ainda mais evidente, pois a retomada do processo depende da descoberta do réu citado por edital e sem defensor constituído, o que é, em princípio, muito mais difícil do que a mera apreciação da questão prejudicial, a qual é da exclusiva competência do Poder Judiciário e eventualmente, contará a decisiva do Ministério Público (Código de Processo Penal, artigo 92, parágrafo único, e 93, parágrafo 3º). Por outro lado, se já existe no Código de Processo Penal fórmula específica para enfrentar o problema das provas urgentes em causas judiciais cuja suspensão indefinida seja obrigatória, não se percebe a razão para abandoná-la em relação aos acusados revéis, estabelecendo, num único estatuto legal, duas maneiras de solucionar uma situação substancialmente idêntica.”

Por conseguinte, a prova testemunhal deve ser considerada urgente, com vistas a sua produção antecipada, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal, não só porque o tempo pode desacreditá-la como também porque dentro do sistema processual já se encontra igual tratamento para o tema nos artigos 92 e 93 do Código de Processo Penal, que dispõem hipóteses semelhantes de suspensão do processo<sup>72</sup>.

Outras provas podem ser elencadas como urgentes, desde que, como a prova testemunhal, fiquem prejudicadas com o efeito da paralisação do processo e o decurso do tempo. Nesse rol, podemos acrescentar, a título de exemplo, uma perícia que necessite ser realizada antes que os vestígios do crime desapareçam, o reconhecimento de pessoas ou coisas que, assim como o testemunho, pode ser questionado, se realizado após um período muito longo, além da busca e apreensão de um documento ou objeto, que pode se deteriorar, se realizadas tardiamente.

---

<sup>72</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RHC nº 6.343-SP, 5a. Turma, Rel. Ministro Cid Fláquer Scartezini, julgado em 01/07/1997.

## 2.2. A prisão preventiva

A prisão preventiva do autor do crime, assim como a produção de provas urgentes, pode ser decretada no período de paralisação do processo. É importante ressaltar, entretanto, que a ordem de prisão do acusado não é efeito imediato da decisão que suspende o feito, reclamando a perquirição dos requisitos estabelecidos nos artigos 311, 312 e 313 do Código de Processo Penal (como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal)<sup>73</sup>.

## 2.3. Recurso cabível da decisão que suspende o processo

Tem-se entendido que o recurso adequado contra a decisão que suspende ou não o processo é o sentido estrito, com base no artigo 581, inciso XVI, do Código de Processo Penal - *da decisão que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial*<sup>74</sup>. Embora não se trate de questão prejudicial, poder-se-ia dizer que há inegável similitude ontológica entre as duas situações. Além disso, o Código editado em 1941 não poderia prever todas as hipóteses futuras sujeitas a recurso. Já é tempo de se proceder a uma nova leitura do artigo 581, admitindo-se a aplicação extensiva para outras situações não previstas expressamente.

Na hipótese de o juiz decidir também sobre a prescrição, fixando-lhe um termo final, sustenta-se, também, o cabimento da apelação, uma vez que essa decisão já teria conteúdo e força de definitiva<sup>75</sup>.

Por fim, é possível cogitar-se a impetração de mandado de segurança, se o caso específico não se adequar a uma das situações acima mencionadas.

---

<sup>73</sup> Superior Tribunal de Justiça, RHC n° 6.262-SP, 5a. Turma, Rel. Ministro Félix Fischer, julgado em 1/4/1997.

<sup>74</sup> Recurso em sentido estrito: TJSP, RSE n° 219.401-3, 1a. Câmara, rel. Des. Andrade Cavalcanti; TJSP, RSE n° 240.549-3, 3a. Câmara CR., Luiz Pantaleão.

<sup>75</sup> Apelação: TJSP, Ap. n° 238.482-3, 2a. Câmara Criminal, rel. Silva Pinto; TJSP, Correição Parcial conhecida como Apelação n° 242.228-3, 4a. Câmara Criminal, rel. Des. Hélio de Freitas.

### 3. SUSPENSÃO DO PROCESSO

Conforme artigo 366 do Código de Processo Penal, observam-se os seguintes requisitos para que o processo seja suspenso, bem como o prazo prescricional: (a) o acusado deve ser citado por edital; (b) não comparecer em juízo; (c) não constituir advogado.

Presentes tais requisitos, o processo ficará suspenso, até que o acusado compareça em juízo, o que consignará sua citação pessoal, prosseguindo o processo em seus ulteriores atos.

Nessa linha de pensamento, a norma em questão pode ser considerada mais benéfica ao réu, e até mais justa, pois retornará seu curso normal com a presença daquele, que, a partir daí, poderá exercer sua ampla defesa e o contraditório.

Entretanto, o artigo 366 do Código de Processo Penal não indica somente a suspensão do processo e da prescrição. Inserem, no andamento processual, normas cautelares, no que se refere à produção antecipada das provas, bem como a prisão preventiva do réu citado por edital. Com tais medidas, podemos afirmar que o réu ficará prejudicado, visto que tais provas, bem como a decretação da prisão cautelar vai ser submetida à apreciação do defensor dativo.

René Ariel Dotti<sup>76</sup> mostra-nos seu pensamento:

“Quanto à possibilidade de réus “astutos e afortunados”, possam se valer da suspensão do processo visando a perda ou o enfraquecimento da prova, deve-se responder com três principais objeções: 1º) É possível a produção antecipada da prova considerada urgente; 2º) A eficácia da defesa fica naturalmente restrita quando o réu é atendido por defensor dativo; 3º) A prisão preventiva pode ser decretada, no interesse da aplicação da lei penal, quando houver indícios suficientes de que a paralisação do processo resulta de malícia ou artifício do acusado.”

---

<sup>76</sup>DOTTI, René Ariel. A ausência do acusado e a suspensão do processo. In: Revista dos Tribunais. n. 730, 3a. seção, ag.1996, p. 402.

Entendemos, portanto, que o artigo 366 do Código de Processo Penal, é uma norma que favorece o réu mas também não despreza o *ius puniendi*.

Favorece-o, no sentido de não condená-lo sem o seu efetivo comparecimento para tomar conhecimento da acusação que pesa contra ele. Em contrapartida, há suspensão do prazo prescricional, bem como a produção antecipada de provas e a decretação da prisão cautelar.<sup>77</sup>

Certo é que a decretação da prisão cautelar não significa que o encarceramento se efetivará para o réu astuto, dando ensejo, talvez, à impunidade.

Ousamos até dizer que a colheita de provas antecipadas pode tornar-se inócua, já que, mesmo de posse dessas, e o juiz convencido de que o réu ausente tenha sido realmente o autor de um determinado delito, não se pode decidir, já que houve uma citação ficta-editalícia, e a não constituição de defensor.

Sem dúvida, a produção da prova antecipada não é inédita em nosso ordenamento, já que a ausência de sua efetivação perderia todo seu valor jurídico, se não fosse realizada em tempo oportuno, assegurando, assim, a aplicação da persecução penal.

Dentre as mudanças trazidas pela Lei 9271, de 17/04/96, a que mais se destacou foi a do artigo 366, Código de Processo Penal, trazendo à baila discussões sobre a retroatividade ou não da lei, sobre o prazo prescricional, provas antecipadas, e até mesmo ressaltando que poderia haver incentivo à impunidade.<sup>78</sup>

Justifica-se a alteração pelo inconformismo dados às condenações de revés citados por edital, por falta de autodefesa e defesa técnica escolhida pelo réu, ferindo os mais mezinhos princípios do Direito: a ampla defesa e

---

<sup>77</sup> TJRS: “Constitucionalidade do artigo 366 do Código de Processo Penal, com nova redação dada pela Lei nº. 9.271/96. A nova redação do artigo 366 do Código de Processo Penal, trazida pela Lei nº. 9.271/96, que dispôs sobre a suspensão do processo e da prescrição nos casos de revelia, não tornou os delitos imprescritíveis. Trata-se, apenas, de uma consequência que a suspensão da prescrição poderá alcançar, cabendo aos intérpretes do Direito posicionamento, evitando que os delitos se tornem imprescritíveis, ficando afastada a alegação de inconstitucionalidade do artigo 366 do Código de Processo Penal, por ser caso de interpretação pretoriana” (RJTJERGS 203/145).

<sup>78</sup> STF. “Impossibilidade de se aplicar a suspensão do processo, quando se tratar de réu revel, conforme previsto no artigo 366, com a redação da Lei 9.271/96, deixando de aplicar a regra da suspensão do curso prescricional, também prevista no mesmo dispositivo legal”. (HC 74.695-1-SP – DJU de 9-5-97, p.- 18.130).

o contraditório indo de encontro ao que estabelece o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos).

Ferrajoli Luigi<sup>79</sup> destaca que:

“O desenvolvimento de um processo de modo respeitoso dos direitos fundamentais, encontra-se intimamente ligado com a busca da verdade a cerca de uma hipótese delitiva, a qual impõe-se diante de um Estado de Direito como indispensável requisito a dar guarida à dignidade humana, constituindo-se na ótica do precursor da “teoria do garantismo” em verdadeiro princípio garantia a só aguardar os direitos humanos, que aparecem particularmente no processo penal altamente comprometidos diante das conseqüências causas que lhes pode acarretar.”

Assim, conforme Vicente Ráo<sup>80</sup>,

“As transformações, quando não se processam por meios revolucionários, processam-se por via das legislações desordenadas, tumultuárias, que só com o tempo se condenam e estabelecem a continuidade histórica do Direito.”

---

<sup>79</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razon: teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995. Cap. I, p. 1-10.

<sup>80</sup> RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 46.

## 4. DA REINCIDÊNCIA

### 4.1. Generalidades

Damásio de Jesus<sup>81</sup>, ensina que a reincidência deriva de *recidere*, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime.

Tecnicamente, como observa Zaffaroni<sup>82</sup>, é muito difícil fornecer conceito satisfatório de reincidência, pois toda a construção dogmática tende a centralizar o debate nas tradicionais relações entre reincidência genérica ou específica, ficta ou real, ou ainda, nos países que adotam, na diferenciação e sistematização desta frente aos similares institutos da multi-reincidência, habitualidade, continuidade, profissionalidade ou tendência delitiva. A reincidência, aliás, é uma espécie de reiteração delituosa.

Verifica-se a reincidência quando o agente “comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”

O Código Penal não define, portanto, o que é reincidência, apenas indica as condições de sua verificabilidade.

Assim, a reincidência pressupõe uma sentença condenatória transitada em julgado por prática de crime. Há reincidência somente quando o novo crime é cometido após a sentença condenatória de que não cabe mais recurso.

Além disso, a reincidência não tem efeito perpétuo, pois de acordo com o artigo 64 do Código Penal, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido lapso temporal superior a cinco anos, o condenado não sofrerá as conseqüências advindas dessa negatividade.

---

<sup>81</sup> DAMÁSIO DE JESUS, Evangelista. Direito Penal. v. 1, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 564-568.

<sup>82</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal - Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1988. p. 360.

## 4.2. Natureza jurídica da reincidência

A natureza jurídica da reincidência não é matéria pacífica. Geralmente, é classificada como circunstância de agravação do crime, e, assim, figura comumente nas legislações.

Na reincidência, não é o novo crime ou qualquer circunstância que nele se realize que faz constituir-se a agravante. É a concorrência dos dois crimes, revelando no agente a sua particular pertinácia na isolação do Direito.

Daí, contestaram alguns autores, conferindo à reincidência o caráter de circunstância, pois, o que importa mais para a sua conceituação e os seus efeitos penais é a significação que se lhe atribua na marcha da criminalidade.

A agravação da pena ao segundo crime forma o sentido de uma medida diretamente encaminhada a reduzir o índice da criminalidade, constituindo-se elemento mais do terreno da prevenção do que da repressão do crime.

Na linha dessas considerações, é natural que se tenha chegado a substituir a noção da reincidência pela figura do reincidente, para alguns como tipo legal do autor, para outros como expressão de uma maneira particular do sujeito que o conduz a essa reiteração da delinqüência. Desse modo, a reincidência aparece não simplesmente como a combinação de um fato novo com uma condenação precedente, mas como uma disposição interior do indivíduo que o assinala como inclinado naturalmente para o crime.

Aníbal Bruno<sup>83</sup> preleciona: que “[...].pretende, assim, que se dê atenção à pessoa do réu, no que se possa referir ao fato cometido, e às condições que concorrem para a reprovabilidade do próprio fato”.

Há autores que defendem a abolição da reincidência, com o argumento de que um crime anterior não deve interferir na quantidade de pena do crime posterior, isso porque a prática de outro crime já é apreciada no estudo da personalidade do agente, e este pode ter sido punido por erro, por ineficiência da defesa ou por outro motivo, injustamente.

---

<sup>83</sup> BRUNO, Aníbal. Das Penas. Rio de Janeiro, 1976: Forense, p. 94-101.

Conforme descrito no artigo. 59,

“o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I) – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II) – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III) – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV) – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

A regra citada começa por submeter à consideração do juiz o homem em si mesmo, na sua realidade naturalística, com as suas estruturas e as forças que determinam em geral o seu comportamento no mundo em que vive. Vem depois a consideração do homem no seu processo de consciência e vontade em referência ao crime, do homem na sua culpabilidade, com a concorrência dos motivos que lhe agravam a pena ou atenuam.

Impõe o Código que se procure definir a personalidade do agente para que se possa encontrar nela, talvez, a explicação do crime e a sugestão da medida penal ajustada a combater aquelas forças originárias que o determinaram; explique o crime presente e permita divisar, quando isso ocorra, a probabilidade da sua repetição, o que aconselharia o emprego de medidas asseguradoras. Assim se determina como o crime foi expressão da última inclinação do agente para o delito ou simples acontecer accidental na sua existência, o que irá influenciar no grau da pena a ser aplicada.

Nas condições da personalidade do sujeito, pode-se encontrar a razão de ser da sua conduta criminosa, mais ou menos agressiva.; Nesse conceito da personalidade, está compreendido o homem total, corpo e alma, como afirma Seelig.<sup>84</sup>

Definir a personalidade de um homem é tarefa laboriosa e, sob vários aspectos, problemática. Desprovidos dos recursos técnicos apropriados, o juiz tem de proceder à investigação da personalidade por meio das suas

---

<sup>84</sup> LEHRBUCH DER KRIMINOLOGIE, 2a. p. 13 Criaç: 1951 *apud* BRUNO, Anibal, Das penas. Rio de Janeiro: 1976, Forense, p. 95

manifestações no mundo exterior, pela observação do comportamento habitual do sujeito, das modas pelas quais procura, em geral, resolver os seus problemas na vida, das suas atitudes nas relações de convivência para com os seus familiares, companheiros, conhecidos, agindo com simpatia e compreensão ou com egoísmo ou hostilidade, da sua inclinação ou repugnância ao trabalho ou a outras atividades honestas.

Também cabe considerar a maneira de comportar-se do réu durante o crime ou depois, a frieza com que o praticou, a dor, o cinismo ou a indiferença com que a ele se refere.

Vale também apreciar os antecedentes do réu, não quanto a sua maneira geral de agir, mas quanto a ações por ele praticadas que receberam a reprovação da autoridade pública ou do meio social, como expressão da sua incompatibilidade para com os imperativos ético - jurídicos.

Mas, para se alcançar uma visão total da personalidade, é necessário ainda situá-la no seu meio circundante, no ambiente físico e sócio- cultural em que vive o homem. Cabe, também, ter em vista a influência do meio circundante do momento na elaboração do crime. Não esquecer que o crime nasce do encontro de determinada personalidade com determinada circunstância.

#### **4.3. Efeitos da reincidência**

Criminoso reincidente é aquele que vem a praticar novo delito após o trânsito em julgado da sentença condenatória, dentro do período de cinco anos, contado do último dia de cumprimento da pena ou de sua extinção.

A punição de um comportamento atua, segundo a teoria da reação social. Desta forma, desde uma visão crítica, a imposição da etiqueta de reincidente consolida a condição de criminoso da pessoa, impulsionando-o à prática reiterada de delitos.

Ferrajoli<sup>85</sup> conclui que:

“uma rica literatura, confrontada por uma secular e dolorosa experiência, demonstrou que não existem penas recuperadoras ou terapêuticas, e que o cárcere, em particular, é um local criminógeno de educação e fomento ao delito. Repressão e educação são, assim, entre si, incompatíveis, como é a privação da liberdade e a liberdade mesma, que da educação forma a substância e o pressuposto; desta forma, o que se pode esperar do cárcere é que seja o menos repressivo e, portanto, o menos dessocializante e desecutativo possível”.

As valorações sobre a vida pregressa do réu continuam a ser objeto de valoração obrigatória pelo magistrado, tanto para aplicar a pena como para restringir direitos públicos subjetivos.

Ao rotular determinada pessoa como reincidente, ou como portadora de um passado criminoso (antecedentes), o sistema de controle social formal produz, de imediato, alguns efeitos legais. No sistema penal brasileiro, a reincidência: (a) agrava a pena privativa de liberdade (artigo 61, I, Código Penal); (b) impede a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se específica em crime doloso (artigo 44 II, Código Penal); (c) impede a substituição da pena privativa de liberdade pela multa (artigo 60, parágrafo 2º, Código Penal); (d) prepondera no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (artigo 67, Código Penal); (e) obstrui a aplicação do *sursis* quando da prática de crime doloso (artigo 77, I, Código Penal); (f) aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (artigo 83, II, Código Penal); (g) é causa de interrupção da prescrição da pretensão punitiva (artigo 117, VI, Código Penal) e executória (artigo 110, Código Penal); (h) revoga o *sursis* (artigo 81, Código Penal), o livramento condicional (artigo 87, Código Penal) e a reabilitação (artigo 95, Código Penal); (i) impede alguns casos de diminuição da pena (artigo 155, parágrafo. 2º; 170 e 171, parágrafo 1º do Código Penal); (j) impede a prestação de fiança (artigo 323, III, Código de Processo Penal);

---

<sup>85</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon. Teoria del garantismo penal**. Madri: Trotta, 1995 p. 260.

(l) não permite apelação em liberdade (artigo 594, Código de Processo Penal); (m) impossibilita a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95), entre outros.

O legislador, ao elaborar a Lei 9.271/96, além de omitir o tempo prescricional, deixou de analisar o fator reincidência, já que o réu pode ter o processo suspenso e continuar delinquindo.

Aníbal Bruno<sup>86</sup> entende que a reincidência constitui a primeira figura da lista de agravantes.

Dando-lhe essa posição, o Código Penal, manifestou o relevo que realmente lhe quis atribuir, como expressão de maior culpabilidade do agente e fenômeno de singular importância no desenvolvimento da criminalidade.

O Direito Penal dos povos cultos percebeu cedo a necessidade ou conveniência de tratar o reincidente como um criminoso merecedor de pena mais severa.

Tanto no direito romano, como no germânico medieval e no período das práticas, o agravamento da situação do agente pela reincidência apresentava-se, conveniente, não como princípio geral, mas como medida aplicável a certos gêneros de crimes .

No Direito intermediário, a sua aplicação fazia-se mais em caso de habitualidade no crime do que na reincidência em sentido estrito, e assim acontecia, por exemplo em relação ao furto, punido com a morte, quando praticado pela terceira vez .

Uma posição mais segura da reincidência decorreu do direito francês da revolução, sobretudo do código de 1810, e daí passou para as legislações modernas, seguindo uma evolução em que se procurava utilizar os novos recursos de combate à criminalidade .

A medida que se tem procurado opor a essa recaída do antigo criminoso, já condenado, em novo crime, tem sido geral a uma exasperação da pena, procura-se demonstrar uma maior porque se veja nossa reiteração do comportamento punível vazão para maior reprovabilidade na conduta do réu, pois isso demonstra uma insuficiência da condenação anterior.

---

<sup>86</sup> BRUNO, Aníbal. op.cit. fls. 118; 121; 125 e 127.

Entre os clássicos, porém, alguns contestavam a legitimidade da agravação da pena na reincidência, alegando que o crime precedente, mesmo sob o aspecto da condenação que sofreu, não podia, sem ofensa à justiça, ser objeto de consideração no segundo julgamento.

Mas a solução da pena mais severa, teórica e praticamente, persistiu e, então, procurou-se determinar, dentro do sistema, o fundamento dessa agravação.

A idéia que veio predominar na melhor doutrina foi a do aumento da culpabilidade, resultante da reiteração da gestão criminosa do agente, reveladora de uma vontade rebelde e obstinada, que a condenação anterior não conseguira reprimir. Daí maior reprovação da ordem de Direito, com a consequência do acréscimo da punição.

O pensamento que domina o Direito Penal mais recente é o de uma luta eficaz contra o crime, sobretudo pela emenda do criminoso, por meio de medidas mais ajustadas, capazes de alcançar as causas íntimas de sua criminalidade.

A legitimidade da reincidência como circunstância agravante é contestada sob o argumento de que ela quebra a proporcionalidade que necessariamente deve existir entre o crime praticado e a pena, já que esta última se vê influenciada por uma circunstância totalmente estranha ao fato que conscientemente se encontra sob análise. A reincidência não é, verdadeiramente, uma “circunstância”, já que não se relaciona com o delito praticado, mas sim com o seu autor.

A reincidência foi considerada, desde os primeiros tempos, como agravante da responsabilidade penal. No entanto, nunca houve consenso entre os tratadistas sobre os efeitos de agravação dela resultantes.

É público e notório que a repetição de uma conduta ilícita, após uma condenação anterior, demonstra que tal medida não traz os efeitos queridos, ou seja, persiste a disposição para a prática de delitos.

Vicenzo Manzini<sup>87</sup> afirma que “a reincidência não aumenta a gravidade objetiva do delito”, contudo, defende que o instituto serve para qualificar como mais criminosa a personalidade do seu autor.

---

<sup>87</sup> MANZINI, Vicenzo. op.cit. t. 3, p. 462.

Nessa concepção, a reincidência estaria relacionada ao elemento subjetivo do agente e produziria reflexos no exame da imputabilidade. A adoção desse posicionamento revela que a censurabilidade da culpabilidade valoriza com maior prioridade a pessoa do delinqüente do que o fato que este cometeu.

Superando essa postura, outros doutrinadores sustentam que a repetição do delito revela uma tendência para o mal e, portanto, sua menor liberdade para decidir-se pelo comportamento juridicamente adequado. A reincidência, sob novo prisma, deveria produzir efeitos atenuantes, pelo reconhecimento de uma menor imputabilidade do agente.

Luiz Jiménez de Asúa<sup>88</sup> preconiza que:

“A noção de reincidência deverá ser suplantada pelo moderno conceito antropossociológico de habitualidade que revela a incapacidade do agente de intimidar-se de corrigir-se pela aplicação da pena, e indica a necessidade da utilização da medida de segurança”

Nos termos da nossa legislação repressiva, não é correto entender que a reincidência possa interferir no exame da imputabilidade, mas sim no exame da exigibilidade de uma conduta diversa. Uma vez advertido por uma condenação anterior, é mais exigível que o agente não volte a cometer novos delitos. Assim, considerando-se o fato concreto que está sob análise, pode-se concluir que a culpabilidade de um agente reincidente é maior que a culpabilidade de um primário, a medida que ser-lhe-ia mais exigível que compatibilizasse sua conduta com o ordenamento jurídico, após a advertência judicial imposta pela anterior condenação.

Não existe disposição legal que oriente o julgador na dosimetria da pena a ser aplicada ao reincidente. No entanto, deve-se concluir que a exigibilidade de conduta diversa está relacionada aos níveis de advertência anteriormente verificados em relação às condutas delitivas do condenado.

Constatando-se, por um lado, maior números de condenações anteriores, maior também deve ser o aumento decorrente da reincidência.

---

<sup>88</sup> ASÚA, Luiz Jiménez de. La ley y el delito. Caracas: Andrés Bello, 1945, p. 675-677.

Por outro lado, existindo apenas uma condenação anterior, a majoração da pena deve ser menor. A graduação da advertência anterior, expressa pela gravidade objetiva da condenação, também constitui elemento seguro para mensurar a exigibilidade de conduta diversa. Sendo condenado, anteriormente, a uma pena privativa de liberdade de maior duração, é mais exigível que o triângulo agente não volte a delinqüir.

#### **4.4. A omissão da lei 9.271/96 e a reincidência**

Feita uma explanação sobre o instituto da reincidência, bem como das circunstâncias judiciais verificadas na aplicação da pena e da presunção de inocência, torna-se necessário, analisarmos o fator reincidência frente ao artigo 366, do Código de Processo Penal.

Primeiramente, cabe-nos indagar se a omissão do legislador, pode ser entendida como uma lacuna da lei.

Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>89</sup>, leciona que:

“ O homem não pode viver senão em sociedade. As sociedades são organizações de pessoas para a abstenção de fim comum. Mas se não houvesse um poder nessas sociedades, restringindo as condutas humanas, elas jamais subsistiriam. Daí o surgimento do Estado”.

E continua, afirmando que, quando o povo se organizou em Estado, a primeira preocupação foi a de dar-lhe a necessária estruturação. Essa estruturação orgânica do Estado outra coisa não é senão a sua própria Constituição.

Para manter a harmonia no meio social e, portanto, atingir os seus fins, o Estado elabora as leis, por meio das quais se estabelecem normas de conduta, disciplinam-se as relações entre os homens e regulam-se as relações derivadas de certos fatos e acontecimentos que surgem na vida em sociedade. Tais normas, gerais e abstratas, dispõem, inclusive, sobre as conseqüências que podem aderir do seu descumprimento. Em face de um

---

<sup>89</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. op.cit. v 1, 1997, p.23.

conflito de interesses, desde que juridicamente relevante, a norma dispõe não só quanto à relevância de um deles como também quanto às conseqüências da sua lesão. Tais normas são, pois, indispensáveis, para que se saiba o que se pode e o que não pode fazer. Assim, nota-se que o Estado é o responsável pelos destinos, conservação, harmonia e bem-estar da sociedade.

Certo é, que o legislador não consegue prever todas as hipóteses que podem ocorrer na vida real. A sociedade cria, a todo instante, em sua manifestação infinita, uma série de situações que o legislador não vislumbra.

Assim, as regras do Direito, por mais bem elaboradas, são incapazes de lograr uma tutela satisfatória da grande variedade de acontecimentos sociais. Tem-se, desta maneira, sem qualquer dificuldade, a existência de um descompasso, um desnível entre o direito posto e as necessidades sociais, o que dá ensejo à problemática das lacunas na lei.

Surge, por conseguinte, o problema da integração da norma, mediante os recursos fornecidos pela ciência jurídica. Esses recursos são a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Determina o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo para a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

Ocorre, porém, que a norma penal incriminadora, em face do princípio da reserva legal, não pode lançar mão dos recursos fornecidos pela ciência jurídica, pois, se assim fosse, o princípio da territorialidade da Lei Penal, ao tipificar determinada consulta como crime e a respectiva sanção, perderia toda sua substância. E, sob esse prisma, não há lacuna na lei penal incriminadora. A integração só pode ocorrer em relação às normas penais não incriminadoras.

As omissões do legislador, nesse terreno, autorizam o juiz a cobrir as falhas da lei com os processos de integração jurídica.

Concordamos que a Lei nº 9.271/96, possui lacunas. Em consonância com o que preconiza Karl Engisch<sup>90</sup>:

---

<sup>90</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: F. Calouste Gulbenhian, 1972. p.223.

“lacuna é uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico. A incompletude, é um todo não acabado, uma falta, uma insuficiência que não deveria ocorrer ou ter ocorrido, dentro do limite da totalidade jurídica”.

Lacuna, assim, é um estado de coisas dado que não pode ser regulado pelo sistema, não se podendo afirmar se pertence ou deve pertencer a ele, ou não.

Para colmatá-las, obedecem-se a regras determinadas pela própria lei – analogia, costumes e princípios gerais do Direito.

A invocação mais imediata para a colmatação das lacunas é a analogia, consistente em aplicar uma hipótese não prevista na lei a caso semelhante. Não cria direito novo, mas descobre o existente, como forma de auto-integração da lei.

#### **4.4.1. Analogia**

A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.

É, pois, uma forma de auto-integração da lei para suprir lacunas porventura existentes. Para aplicá-la, o intérprete parte da própria lei para elaborar a regra concernente ao caso não previsto pela legislação. Ao contrário do que ocorre na interpretação extensiva, não se amplia o texto da norma, mas a mesma disposição legal é aplicada a casos semelhantes não previstos.

Miguel Reale<sup>91</sup> refere-se à analogia como sendo uma “extensão a um caso particular semelhante das conclusões postas pela observação de um caso correlato ou afim, em um raciocínio por similitude.” Ela resulta de expresso imperativo legal para suprir lacunas na lei. É processo fundamental na vida do Direito, aplicada às situações semelhantes, ou seja, que tenham

---

<sup>91</sup> REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1972, p. 128-129.

correspondência de motivos, mas não tenham preceitos legais que as amparem.

Maria Helena Diniz<sup>92</sup> explica-nos que:

“uma vez ditada a norma, ela se separa da vontade do legislador, com possibilidade de dirigir todos os casos que se apresentam, mesmo que a autoridade ao ditá-la, não tenha pensado em usá-la para tais hipóteses, sendo assim, mais prudente do que seu elaborador. Para os que entendem desta forma, o fundamento da analogia não está na vontade do legislador, e sim na força de expansão própria das normas de direito.”

A analogia pode ser *in bonam partem*; *in malam partem*. No Direito Penal, no tocante às normas incriminadoras, é proibido o emprego da analogia, em respeito ao princípio da reserva legal. O juiz não pode lançar mão da analogia para admitir infração que não esteja expressamente definida.

Mas, indaga-se:; a analogia *in bonam partem*, pode ser aplicada no Direito Penal?

A situação não é pacífica, embora a opinião dominante se manifeste no sentido da admissão da analogia benéfica estritamente no que concerne as leis não incriminadoras. Quanto às incriminadoras, não pode a analogia criar figura delitiva não prevista expressamente, ou pena que o legislador não haja determinado, justificando pelo fato dessas normas não serem de caráter excepcional.

Assim, a analogia *in malam partem* de acordo com o que preceitua o artigo 1º do Código Penal – princípio da reserva legal - é inadmissível, em qualquer circunstância dentro da norma Penal, porém, em se tratando da analogia *in bonam partem* é admissível sua aplicação.

---

<sup>92</sup> DINIZ, Maria Helena. Conceito de Norma Jurídica como problema de essência. São Paulo: RT., 1979, p. 61.

#### 4.4.2. Costumes

O costume consiste no conjunto de normas de comportamento a que pessoas obedecem de maneira uniforme e constante pela convicção de sua obrigatoriedade. Por obediência uniforme, entende-se a prática de atos da mesma espécie. Por constante, compreende-se a sua reiteração de forma continuada, por período mais ou menos longo”<sup>93</sup>

Para Tourinho Filho<sup>94</sup>, costume é o uso geral, constante e notório, observado sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica.

O costume foi admitido formalmente como fonte do Direito em 1942, com a Lei de Introdução ao Código Civil.

O costume, em várias sociedades, precedem a lei escrita, e continua até hoje tendo grande importância na realização da Justiça, pois, quando não nos é possível solucionar um caso por meio da lei, nem por meio da analogia, é a ele que recorreremos.

O costume jurídico mostra-nos que é ele fonte substancial do Direito, ou seja, a fonte segundo o seu fundamento que se encontra na consciência comum do povo, no espírito do povo, manifestando-se sob a forma de costume, o qual pode ser definido como “o primeiro indício do direito positivo.”

Ressaltamos que o desejo não pode ser admitido como forma revogadora das normas penais, bem assim, o costume não pode criar condutas típicas e determinar pena em obediência ao princípio da reserva legal.

Damásio de Jesus<sup>95</sup> diz afirma que: “o costume não é fonte formal imediata e criadora de Direito. Penal. Por mais nocivo que seja um fato ao senso moral da coletividade, será atípico se não estiver definido em lei como crime”.

---

<sup>93</sup> DAMÁSIO DE JESUS, Evangelista. Op. cit., p. 27.

<sup>94</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 172.

<sup>95</sup> DAMÁSIO DE JESUS, Evangelista. Op. cit., p. 28.

Continua ele:

“não significa que o costume não possua qualquer valor em matéria penal. Como elemento de interpretação, tem realidade no próprio campo das normas incriminadoras. Na realidade da vida, os fatos descritos como crimes pelas leis variam de acordo com a região e o meio social. Assim, em certas figuras típicas o legislador insere determinadas expressões que ensejam a invocação do costume como elemento de exegética. Ex.: reputação (artigo 139); “dignidade e decoro” (artigo 140); “inexperiência” e “justificável confiança” (artigo 217); “mulher honesta” (artigo 219); “ato obsceno” (artigo 233); “objeto obsceno” (artigo 234). Nestes casos, é no costume que o intérprete encontra o significado do conceito”...

Conclui-se, assim, que o valor dos costumes se mostra viável em face das normas apenas a título de interpretação de determinadas expressões de cunho subjetivos, não se afastando a possibilidade de um costume tornar norma positiva.

#### **4.4.3. Os princípios gerais do direito**

José Frederico Marques<sup>96</sup>, observava que:

“esses princípios gerais descansam em premissas éticas que são extraídas, mediante indução, do material legislativo. Vê-se que as lacunas da lei, ao serem preenchidas pelos princípios gerais do direito, obrigaram à criação de regras formulados pelos princípios morais que informam a legislação onde ocorre o caso omissio”.

Os princípios gerais do Direito, só podem suprir as normas penais não incriminadoras.

De acordo com Damásio de Jesus<sup>97</sup>,

---

<sup>96</sup> MARQUES, José Frederico. op. cit. vol. I, p. 175.

<sup>97</sup> DAMÁSIO DE JESUS, Evangelista. Op.cit., p. 30.

“é no campo da licitude penal que tem função os princípios gerais do direito, ampliando-a. Em certos casos, a adequação típica do fato praticado pelo agente a uma norma penal incriminadora, que enseja a aplicação da *sanctio juris*, choca-se com a consciência ética do povo. Não obstante haver crime em face da norma, essa conclusão é repelida pelas regras do bem comum. Então, o fato deve ser justificado pelo princípio geral do direito e o agente deve ser absolvido”. Quem iria, por exemplo, condenar pela prática de lesão corporal leve a mão que fura a orelha da criança para pôr brincos ? No entanto, o fato é típico. A ausência de condenação se alicerça, inclusive, nos princípios gerais do Direito.”

#### 4.4.4. Equidade

Vicente Ráo<sup>98</sup> entende que:

“Designa-se por equidade uma particular aplicação do princípio da igualdade às funções do legislador e do juiz, a fim de que, na elaboração das normas jurídicas e em suas adaptações aos casos concretos, todos os casos iguais, explícitos ou implícitos, sem exclusão, sejam tratados igualmente e com humanidade, ou benignidade, corrigindo-se para este fim, a rigidez das fórmulas gerais usadas pelas normas jurídicas, ou seus erros ou omissões”.

Assim, a equidade pode ser utilizada como elemento de adaptação da norma ao caso concreto, atenuando o rigor da norma às circunstâncias do caso, harmonizando a norma com a realidade concreta, e dando a possibilidade de se resolver antinomias entre essas realidades.

Segundo Damásio de Jesus<sup>99</sup>, “às vezes, a equidade tem força de excluir a pena, como nos casos de perdão judicial (arts. 140 a 1º; 176 , e único; 180, e 3º; 240, e 4º e 249, e 2º).

---

<sup>98</sup> RÁO, Vicente. Op. cit., p. 95.

<sup>99</sup> DAMÁSIO DE JESUS, Evangelista Op. cit., p. 31.

Não é fonte de Direito. Penal, servindo como forma de procedimento interpretativo”.

#### **4.4.5. Doutrina**

A doutrina jurídica é, sem dúvida, um recurso utilizado para a produção de sentenças judiciais que visam ao preenchimento das lacunas ou mesmo de questões controversas.

Assim, Doutrina é o conjunto de investigações e reflexões teóricas, no estudo das leis. São as opiniões e as idéias emitidas pelos jurisconsultos ou escritores de Direito.

#### **4.4.6. Jurisprudência**

A jurisprudência, que constitui a repetição constante de decisões no mesmo sentido em casos idênticos, não é fonte do Direito Penal. Alguns entendem de outra forma, afirmando que a reiteração de decisões no mesmo sentido acaba sendo um costume e este é fonte formal secundária.

Não se pode negar valor à jurisprudência. Ela se forma no trabalho exegético dos juízes e tribunais, no exercício da função jurisdicional. Interpretando e aplicando o direito ao caso concreto, de maneira constante e uniforme, o trabalho dos tribunais tem relevância para os juízes de instância inferior. Se uma orientação é adotada seguidamente pelos magistrados superiores, presume-se que seja a mais acertada<sup>100</sup>.

Fragoso<sup>101</sup> preleciona:

“os juízes, na aplicação do direito, realizam por vezes obra verdadeiramente criadora, motivo pelo qual a jurisprudência é a mais dinâmica fonte do direito. Comumente os tribunais ajustam a lei à realidade social, corrigindo os equívocos e deslizes do legislador, realizando uma tarefa extraordinária.”

---

<sup>100</sup> DAMÁSIO DE JESUS, Evangelista. Op. cit., p. 31.

<sup>101</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Advocacia da Liberdade. Rio de Janeiro: Forense, 84, p. 210..

Todos os recursos permitidos para suprir as lacunas da lei, são, sem dúvida, válidos, porém, na Norma Penal, têm que ser utilizados com acuidade.

## 5. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E RESPONSABILIDADE PENAL

### 5.1. Da culpabilidade

Estabelecendo nítida distinção de tratamento entre a culpabilidade e a periculosidade, a nova Parte Geral do Código Penal vincula a pena à culpabilidade do agente, reservando a medida de segurança apenas ao agente tido como inimputável e perigoso.

A adoção plena do princípio da culpabilidade como fundamento para aplicação da pena possui como vantagens a ocorrência de uma maior despenalização com a exclusão da punibilidade de fatos típicos, quando não for possível censurar-lhe o autor, e o estabelecimento de uma dosimetria máxima pela culpabilidade deste.

A culpabilidade constitui o critério fundamental para orientar atividade de individualização da pena. De acordo com as influências da sistematização finalista da ação, a culpabilidade adquiriu um caráter normativo-puro e passou a representar uma reprovação pessoal sobre o autor do injusto, que se fundamenta no fato de que o agente, no caso concreto, detinha o poder de conter-se diante dos impulsos determinantes da prática do ilícito e não o fez.

Cabe perceber que a conduta típica e ilícita somente caracteriza um crime quando se pode censurar o seu autor. Dessa forma, as variações da reprovabilidade da culpabilidade estão vinculadas às condições pessoais do agente.

O exame da culpabilidade é, por excelência, um juízo de valor que comporta graduação. Assim, o autor de fato punível pode possuir imputabilidade diminuída (artigo 26, parág. único) ou o seu conhecimento sobre a ilicitude do fato pode se encontrar prejudicado (artigo 21). Nota-se, contudo, que, nos temas dos nossos ordenamentos jurídico – repressivos, tais situações não poderão repercutir imediatamente na fixação da pena – base.

## 5.2. Dos antecedentes criminais

Os antecedentes do acusado dizem respeito aos fatos anteriores de sua vida que não serão especificamente analisados no processo penal de referência, mas sim, nos anteriores processos que o agente respondeu.

A jurisprudência dominante entende que as anteriores condenações criminais, quando não possam ser consideradas para efeito de reincidência, fornecem elementos suficientes para a caracterização dos maus antecedentes.

Tal posicionamento, entretanto, sofre contrariedades e escapa de reinserção social do condenado, impõe que a estigmatização da sanção criminal não seja perene. Decorrido período superior a 5 anos, sem a prática de outro delito, deve presumir-se que o agente não conserve predisposição criminosa, indicando, em princípio, que o fato anterior retrata delinquência ocasional. Nessa hipótese, seria ilógico que o ordenamento jurídico afastasse, expressamente, a aplicação da agravante específica da reincidência e permitisse a majoração da pena com base na genérica consideração dos maus antecedentes<sup>102</sup>.

No que diz respeito a inquéritos e ações penais em andamento, a Suprema Corte já se manifestou no sentido de que “o ato judicial de fixação da pena não poderá emprestar relevo Jurídico-penal a circunstâncias que meramente evidenciem haver sido o réu submetido a procedimento penal persecutório, sem que deste haja resultado com definitivo trânsito em julgado, qualquer condenação de índole penal. A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou, ainda, a perseguições criminais de que não haja derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade Jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrado da presunção de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados.<sup>103</sup> Sobre a questão, assim já se manifestou o

---

<sup>102</sup> CSTJ, 6ª T; rel. min. Vicente Cernicchiaro – DJU 28/3/93 – p. 5.267.

<sup>103</sup> STF, 1ª Turma, rel. min. Celso de Mello, DJU 21/2/92, p. 1694 – 1695.

Ministro Vicente Cernicchiaro<sup>104</sup>.

“O princípio da presunção de inocência significa que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Vale dizer, nenhuma sanção criminal poderá ser imposta, ou extrair efeito Jurídico próprio de condenação. Assim, logicamente, estar o réu indiciado, ou denunciado (em outro processo) não pode conduzir à conclusão de maus antecedentes. Constituiria, sem dúvida, condenação hipotética e antecipada.

Importa perceber que um ordenamento Jurídico penal fundamentado no princípio da culpabilidade do agente é incompatível com a majoração da pena com base em fatos anteriores ao que se analisa no processo de referência. O agente deve ser punido pelo que efetivamente fez e não pelo que é. A consideração sobre os antecedentes não pode influir de maneira a agravar a pena do agente, transpondo os limites estipulados por sua culpabilidade no caso concreto que se analisa. Sustentar o contrário significa estabelecer dupla punição para o agente de um mesmo fato.

O reconhecimento dos maus antecedentes, assim, pode compensar os efeitos da verificação de outra circunstância Judicial que se apresente favorável ao réu, mas nunca majorar a pena de forma que o limite máximo estabelecido pela culpabilidade seja transposto.”

### **5.3. Conduta social**

Da mesma forma que os antecedentes, a avaliação sobre a conduta social do agente tanto pode fornecer elementos indicativos de inadaptação como pode oferecer elementos que indiquem o bom relacionamento do agente em sociedade.

Não se pode deixar de perceber que o critério da conduta social deve ser considerado em relação à sociedade na qual o acusado esteja integrado, e não em relação à “sociedade formal” dos homens tidos como “de bem” pelo

---

<sup>104</sup> STJ, 6a. Turma DJU 28/06/93, p. 12.901

Juiz. Sem dúvida, a um agente que, por exemplo, more em uma favela e tenha um bom relacionamento com as pessoas que com ele interagem nesse ambiente social, não pode receber uma valoração negativa, porque o Juiz entende que existem “ambientes” mais saudáveis para o desenvolvimento das relações sociais.

#### **5.4. Personalidade do agente**

O ordenamento Jurídico nacional consagrou a culpabilidade como um Juízo de reprovação pessoal que não é vinculado à personalidade do autor do fato punível. Dessa forma, o artigo 59 do Código Penal prevê a culpabilidade e a personalidade do agente como circunstâncias judiciais autônomas, de modo que o exame da primeira é totalmente independente do exame da segunda.

A circunstância judicial que diz respeito ao exame da personalidade do agente traduz uma das tarefas mais árduas.

Conforme Juarez Cirino dos Santos<sup>105</sup>,

“Percebe que a personalidade, como natureza concreta do agente, é um produto histórico em processo constante de formação, transformação e deformação, de modo que a representação de seus traços será sempre um corte simplificado, impreciso e pouco confiável”.

Na investigação da personalidade do réu, já se descobrem dados capazes de influir na compreensão do seu atuar como fato culpável. Entretanto, aqui, trata-se da medida do seu dolo ou da sua culpa no caso concreto. Teremos, então, um dos elementos mais influentes na mensuração da pena.

Há que ponderar a intensidade do dolo nos seus elementos constitutivos de consciência e vontade, de consciência do ato e do seu

---

<sup>105</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 240.

resultado, do seu caráter contrário ao Direito e, finalmente, da vontade de cometer o ato e produzir resultado.

Também deve-se ponderar o motivo que leva o homem a pensar no crime e decidir a cometê-lo e, geralmente, este sustenta a vontade até o resultado final.

Assim, o réu, na sua pessoa e no grau de reprovabilidade em que participou do seu crime em consciência e vontade, tornando-se a causa moral do resultado, será objeto da ponderação do juiz na mensuração da pena. Mas também o será o fato punível em si mesmo na sua contrariedade do Direito e na grandeza do dano que produziu.

A gravidade de cada espécie de crime já se encontra determinada pela natureza e quantidade da pena que a norma penal juntou a sua definição.

Mas o fato punível, como se apresenta à consideração do juiz, não é a simples figura típica em que a norma penal o define. Vem, geralmente, acompanhado de circunstâncias que juntam ao caráter que lhe é próprio atributos acessórios que alteram para mais ou para menos a sua reprovabilidade.

## **5.5. Motivos**

A previsão legal para a consideração sobre os motivos que impulsionaram o agente na prática delitiva, na tarefa de individualização da pena, demonstra a existência de uma perspectiva de análise diversa da realizada por ocasião do exame da culpabilidade.

A análise sobre a motivação do delito também se mostra tarefa distinta das considerações acerca da tipicidade.

Assim, a consideração dos motivos determinantes da prática delitiva, não pode restringir-se apenas aos aspectos imediatos da relação subjetiva entre o autor e o fato, mas também deve considerar a finalidade da conduta daquele sob o enfoque de uma perspectiva social. Esse exame não indagaria da maior ou menor exigibilidade de conduta diversa, que é própria ao exame da culpabilidade, mas de outros aspectos que possam caracterizar o agente em sua singular integração com o ambiente social. Note-se que, conforme

concluído anteriormente, a consideração das circunstâncias judiciais não pode agravar a pena de modo que sejam transpostos os limites estabelecidos pela culpabilidade.

## **5.6. Circunstâncias do crime**

Primeiramente, cumpre ressaltar que as circunstâncias do crime não devem ser confundidas com as circunstâncias atenuantes e agravantes (que constituem a 2ª fase para análise de aplicação da pena).

A consideração que, nessa oportunidade, deve ser realizada trata da gravidade objetiva do crime. Tem-se, assim, que analisar os dados objetivos relativos aos instrumentos utilizados na prática delitiva, ao modo de agir, ao tempo e lugar do crime, proporcionando ao julgador melhor visualização da dinâmica delitiva. Note-se, contudo, que a possível constatação da “barbaridade” com que determinado crime foi cometido não poderá elevar a pena além dos limites estabelecidos pela culpabilidade do agente.

## **5.7 Conseqüências do crime**

O critério de análise pertinente às conseqüências do crime deve tratar dos efeitos concretos da conduta do agente, levando-se em conta a intensidade dos danos, ou do perigo de dano, causados à vítima, a terceiros ou a própria sociedade.

Considerando que os efeitos concomitantes da conduta fazem parte do campo de representação do agente do fato punível, alguns autores defendem que a consideração relativa às conseqüências do crime somente deve realizar-se quando se tratar de crime doloso. Contudo, entendendo que as circunstâncias judiciais não podem elevar a pena além dos limites estabelecidos pela culpabilidade, mas podem fazer com que a pena seja fixada em um quanto inferior a esse limite, apresenta-se perfeitamente possível que as conseqüências de pequena monta façam com que a pena de determinado crime culposos seja inferior ao que representaria como limite estipulado pela verificação de maior exigibilidade do comportamento diverso,

que é um exame afeto à culpabilidade.

## **5.8 Comportamento da vítima**

Não se trata de justificar a conduta do agente, mas de uma consideração que, levando em conta o comportamento do sujeito passivo do delito, poderá reconhecer que o agente não deve receber uma maior carga de reprovação.

A facilitação do crime deve apresentar-se quase como uma “provocação” e não como oferecimento de uma simples “oportunidade”.

Em contrapartida, importa perceber que, como a liberdade pessoal e o direito ao patrimônio são garantidos em nível constitucional, não se pode reprovar o comportamento da vítima. Todos os seres são livres para desenvolver suas potencialidades, bem como para fazer, nos limites da lei, qualquer uso de seus bens patrimoniais. No entanto, quando o comportamento da vítima resultar em especial fator de estímulo à prática delitativa, o julgador deve considerá-lo para minorar a resposta penal ao autor do fato punível. É a hipótese da anterior agressão, por parte da vítima, que não justifica a conduta, pela legítima defesa, mas contribui para a ocorrência do crime.

Enfim, todas as circunstâncias que o artigo 59 impõe à apreciação do juiz são distintas dos elementos constitutivos do tipo, ou das agravantes ou atenuantes obrigatórias, ou ainda das causas particulares de aumento ou diminuição da pena. São condições do agente ou meios ou modos de realizar o crime, ou considerações quanto ao lugar, tempo ou qualquer acidente que deixa sua marca sobre o fato e reduz ou acrescenta o seu desvalor perante o Direito.

São influentes, ainda, na gravidade do fato em julgamento as suas conseqüências, o dano ou o perigo que dele resultem e que possam relacionar-se com a culpabilidade do agente.

Todavia, a todas essas investigações procederá o juiz na proporção em que for necessário e lhe seja possível realizá-las.

## 6. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Embora a origem da máxima *in dubio pro reo* possa ser vislumbrada desde o Direito Romano, especialmente por influência do Cristianismo, o princípio da presunção de inocência insere-se entre os postulados fundamentais que presidiram a reforma do sistema repressivo empreendida pela revolução liberal do século XVIII. Consagrou-o o artigo 9º da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A inclusão do princípio da presunção de inocência nas modernas Constituições corresponde, assim, a uma opção em favor dos valores essenciais de respeito à pessoa humana no âmbito do processo penal, representando, mais do que uma dádiva humanitária, uma verdadeira condição do exercício da repressão no Estado de Direito.

A denominada presunção de inocência constitui princípio informador de todo o processo penal, concebida com instrumento de aplicação de sanções primitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana; como tal deve servir de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concorrentes à repressão criminal.

Sob esse enfoque, a garantia constitucional não se revela somente no momento da decisão, como expressão da máxima *“in dubio pro reo”*, mas se impõe, igualmente, como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que, antes da condenação, não pode sofrer nenhuma equiparação ao culpado e, sobretudo, indica a necessidade de se assegurar, no âmbito da Justiça Criminal, a igualdade do cidadão, no confronto com o poder punitivo, por meio de um processo “justo”.

Ainda que não seja tecnicamente apropriado tratar o princípio da presunção de inocência como verdadeira presunção, até porque semelhante observação poderia encobrir o valor político do preceito, limitando-o à matéria probatória, não se pode negar que as primeiras conseqüências de sua aceitação situam-se na disciplina da prova.

Tanto é assim que, nos ordenamentos em que ele vem exposto

legislativamente com a utilização da expressão tradicional, registra-se a tendência doutrinária em tratá-lo como verdadeira presunção “*uris tantum*”, com a conseqüência de se entender recair totalmente sobre a acusação o ônus da prova, pois as presunções, como é sabido, importam na dispensa do referido encargo para quem as tem a seu favor.

Entretanto, a discussão sobre a existência de um verdadeiro ônus probatório no processo penal tem-se revelado difícil e inócua, especialmente em razão das tentativas de transposição pura e simples de conceitos fixados para o processo civil; neste último, com efeito, predominando as disputas sobre direitos de natureza individual e disponível, a repartição do encargo de trazer ao processo o material probatório resulta do próprio tratamento dispensado aos litigantes: ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos do direito afirmado, enquanto ao réu, a dos fatos extintivos ou modificativos.

Assim, uma regra de Juízo baseada na repartição de tal ônus revela-se insuficiente para o Processo Penal, cujo objetivo não é simplesmente alcançar a paz entre os litigantes, mas atingir, se possível, a verdade e a justiça.

Afirmou-se, então, em uma postura mais radical, que simplesmente não existe nenhum ônus da prova em matéria criminal, tanto para a acusação como para a defesa; independentemente de eventuais contribuições trazidas pelas partes, é ao Juiz que compete esclarecer oficiosamente os fatos submetidos a seu julgamento e, a persistir a dúvida, só lhe restará a absolvição por falta de provas, não como conseqüência do descumprimento de qualquer ônus, mas por aplicação do princípio “*in dubio pro reo*”.

De outro lado, sustentou-se que, mesmo em um processo dominado pela pesquisa de uma verdade “real”, não seria descabido falar em ônus da prova, pois a aplicação dessa regra não pressupõe, necessariamente, uma repartição de encargos entre as partes, revelando-se, sobretudo, no momento em que se verifica a ausência de prova acerca de um fato não existindo no processo penal uma repartição formal do ônus da prova, é ao Ministério Público que cabe o ônus substancial da prova, no sentido de que deve provar a presença de todos os elementos de fato sobre os quais se funda a pretensão punitiva e também a inexistência de qualquer elemento

que obsta o surgimento dessa mesma pretensão.

Seja como for, por meio da negação completa da existência do ônus da prova criminal, ou pela atribuição integral do encargo ao órgão da acusação, resulta que, no processo penal, a dúvida acerca da existência de qualquer fato deve sempre favorecer o acusado, até porque as circunstâncias impeditivas não são senão o inverso das constitutivas, e uma dúvida sobre aquelas constitui também uma dúvida a respeito destas últimas.

Nesse prisma, confundiria-se o princípio da presunção de inocência com o *in dubio pro reo*, que é postulado comum a todos os sistemas processuais, pois a condenação de inocentes não traz proveito nenhum. Mas, além dessa ilação elementar, que atende somente à necessidade de traçar uma diretriz ao julgador em caso de dúvida ao final da instrução processual, o princípio da presunção de inocência expressa outras garantias fundamentais no âmbito do direito probatório.

No processo penal dominado pelo princípio da presunção de inocência, a atividade probatória deve tender à verificação da existência dos fatos imputados, e não à investigação sobre as desculpas apresentadas pelo acusado; muito menos deve servir à mera ratificação de elementos colhidos na fase preliminar do inquérito policial, como freqüentemente sucede na prática judiciária; a imputação – e não a idoneidade dos dados que lhe serviram de base – é que deve ser demonstrada.

Uma segunda decorrência do preceito constitucional em relação à matéria probatória diz respeito à impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na investigação dos fatos. Coloca-se, aqui, fundamentalmente, a questão de conceber-se o interrogatório do réu como meio de prova, ou meio de defesa, bem como a problemática do “direito ao silêncio”.

Pensamos, mesmo sem pretender investigar mais a fundo a subsistência dessa fórmula absolutória em face da presunção de inocência, que a questão fundamental não reside propriamente na previsão legal de uma absolvição por insuficiência probatória, mas nas conseqüências que dela possam ser extraídas; qualquer diferenciação de tratamento que se estabeleça entre o réu que foi absolvido plenamente e aquele que o foi por precariedade de provar será, evidentemente, ofensiva ao espírito do preceito constitucional.

Embora não se possa esperar, evidentemente, que a simples enunciação de regra em nível constitucional traduza uma modificação substancial no comportamento da sociedade – e mesmo dos atores jurídicos – em face daqueles que se vêem envolvidos com o aparato judiciário-criminal, não resta dúvida que a adoção do princípio traz conseqüências de extrema relevância no que se refere ao tratamento do acusado no processo.

Com efeito, a presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva, ou que importe reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental.

No caso do texto brasileiro de 1988, quaisquer limitações à aplicação do princípio na matéria probatória, é forçoso reconhecer que, até pela formulação do legislador constituinte – “ninguém será considerado...” –, o preceito vem referido, especialmente, a condição de não-culpabilidade do cidadão colocado diante do poder punitivo do Estado, vedadas quaisquer formas de tratamento que impliquem a equiparação à situação oposta.

Presunção de inocência e “devido processo legal”, de fato, são conceitos que se complementam, traduzindo a concepção básica de que o reconhecimento da culpabilidade não exige apenas a existência de um processo, mas, sobretudo, de um processo “justo”, no qual o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito à liberdade do imputado seja feito em termos de equilíbrio.

Se, de um lado, a própria existência da imputação caracteriza, por si só, uma condição de desvantagem do cidadão em face do poder punitivo estatal, a afirmação constitucional dos princípios da presunção de inocência e do “devido processo legal” destina-se a contrabalançar essa carga negativa, indicando ao juiz não apenas uma atitude em face ao acusado, ou uma regra de julgamento na hipótese de dúvida, mais o próprio modo pelo qual deve realizar-se a atividade processual, por meio da integração do direito ao processo com os direitos no processo.

Assim, a exigência de um contraditório não pode dispensar que se assegure ao acusado não apenas o direito de defesa, entendido como participação em todos os episódios processuais, mas, sobretudo, o direito ao

defensor.

Faz-se necessária, também, uma referência à problemática do inquérito policial, pois, embora sendo procedimento meramente preparatório da ação penal, trata-se, na prática, do momento em que são colhidas as provas que decidem a sorte do acusado, pelo menos no que diz respeito ao recebimento da denúncia e sua decretação; assim, mesmo com a inquisitorialidade característica dessa fase preliminar do processo, é bem de ver que os elementos de informação ali produzidos precisam ser submetidos, para tais fins, a uma verificação contraditória *a posteriori*, sem o que sua utilização pelo juiz violaria os preceitos fundamentais do justo processo.

### **6.1. Antecedentes e a presunção de inocência**

Cumpre-nos, primeiramente, esclarecer que o artigo 59 do Código Penal autoriza o julgador a majorar a pena em razão dos antecedentes.

*Ad argumentandum*, admitindo-se a hipótese de que o agente cometa dois delitos em espaço de tempo razoável e consiga esquivar-se da citação, tendo, então, os processos suspensos, quando do julgamento desses, não restará caracterizada a reincidência, já que não houve trânsito em julgado.

Posteriormente, é localizado e prevalece que, entre a primeira infração e a segunda, decorreu período de 6 (seis) anos. É provável que, se não tivesse sido suspenso o primeiro processo, já teria ocorrido o trânsito em julgado, e, quando do julgamento da segunda infração, sofreria as conseqüências da reincidência. Como esta só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória, é claro que o agente não pode ser considerado reincidente, que, dentre as conseqüências, daria ensejo a um aumento do prazo prescricional no tocante à execução.

Diante disso, indagamos: é possível ao Juiz sentenciante da segunda infração majorar a pena com fundamento em antecedentes, já que não prevalece a reincidência?

Cabe lembrar que a majoração da pena pelos antecedentes reflete apenas e tão somente no quanto da pena, não trazendo outras conseqüências como na reincidência.

A discussão sobre o que pode ser considerado antecedentes para efeitos de majoração da pena não é pacífico, principalmente pela presunção de inocência, de acordo com o que preceitua o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal<sup>106</sup> (esse dispositivo não constava das Constituições anteriores).

Cezar Noberto Bitencourt<sup>107</sup> afirma que:

“Os elementos constantes no artigo 59 do Código Penal são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas “circunstâncias do crime”, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base”.

Por antecedentes devem-se entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos. A finalidade desse modulador, como os demais constantes do artigo 59, é simplesmente demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa.

Há entendimento de que admitir certos atos ou fatos como antecedentes negativos não significa uma condenação ou simplesmente uma violação ao princípio constitucional de presunção de inocência, já que inquéritos instaurados e processos criminais em andamento não dão ensejo a um novo juízo de censura, mas traçam um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinqüente.

Quem segue tal orientação entende ser injustificável que indivíduos com extensa folha de antecedentes, com dezenas de inquéritos policiais e

---

<sup>106</sup> Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

<sup>107</sup> BITENCOURT, Cezar Noberto. Manual de Direito Penal. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 515.

processos criminais em curso, não sejam considerados portadores de maus antecedentes, porque ainda não houve condenação definitiva.

Entendemos como descabida a fixação da pena agravada pela existência de antecedentes, desde que o agente seja primário (antítese da reincidência) ou que tenha voltado a essa condição, o que enseja o uso da analogia que é perfeitamente aplicável à matéria, primeiro, por não se tratar de uma norma incriminadora, segundo porque é ela *in bonam partem*. Ademais, se a pessoa já veio a demonstrar que, dentro de cinco anos, é apta a retornar à condição de primário, se já prestou contas à sociedade, não é justo e perfeito que não se beneficie da mesma situação apresentada aos réus primários.

Certo é que, se a pessoa tem direito de adquirir a condição de primário, deve, também, ter o mesmo direito para aquisição da condição de “sem antecedentes”, pois se não, o princípio da igualdade torna-se inócuo.

A maioria dos doutrinadores entende que é recomendável a análise global da vida anterior do acusado, fatos próximos ou remotos, não se podendo restringir a avaliação a um só aspecto, qual seja: antecedente criminal.

Deflui-se, assim, que a idéia de bons antecedentes não corresponde a de pureza absoluta, mas, a uma valoração positiva, em uma escala que vai da apreciação de péssimos antecedentes à de ótimos antecedentes.

Na nossa rotina judiciária, embora a doutrina e a jurisprudência apontem para a necessidade da pesquisa da vida familiar e social do acusado, a prática dos juízes, salvo raras exceções, é a de verificar somente as ocorrências policiais e judiciais. De resto, não é displicente destacar que as assim chamadas “testemunhas de antecedentes” recebem da parte de não poucos juízes e promotores o termo depreciativo qualificativo de “testemunhas que vão canonizar o réu”. Isso demonstra a pouca preocupação que se tem com os antecedentes, a não ser com os relativos a crimes.

De fato, os antecedentes maculam para sempre a vida do indivíduo, ao contrário da reincidência, que se apaga, se decorrido o lapso temporal de cinco anos, sem que o cidadão volte a delinquir. Não há necessidade de um grande exercício de raciocínio para se perceber o absurdo embutido na lei

penal brasileira, pois os antecedentes nunca prescrevem.

Tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal, demonstra que os antecedentes permanecerão sempre na vida daquele que teve um pequeno deslize.

O Min. Vicente Cernicchiaro, em Acórdão não unânime da 6ª Turma, deixou assentado o seguinte:<sup>108</sup>

“Direito Penal – Reincidência – Antecedentes.

O artigo 64, inciso I do Código Penal determina que para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e a criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, evidencia-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. A conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada”.

Por antecedentes, deve-se entender a forma de vida em uma visão ampla, examinando-se o seu meio de sustento, a sua dedicação a tarefas honestas, a assunção de responsabilidades familiares. A lição de Hungria<sup>109</sup> é clara: “Ao juiz compete extrair-lhe a conta corrente, para ver se há saldo credor ou devedor”.

Luiz Flávio Gomes<sup>110</sup> preleciona que:

“não possui nenhum sentido não considerar o que preconiza o inciso LVII do artigo 5º da CF, pois está inscrito, com todas as letras, o princípio da presunção de inocência, com toda carga liberal

---

<sup>108</sup> RHC 2.227.2/MGJ 18.12.92, DJ 29.3.93, p. 5.268, apud Bol. De Jurispr. do Inst. Brasileiro de Ciências Criminais, abr. /93, m-3.

<sup>109</sup> HUNGRIA, Nelson. Novas Questões Jurídicas Penais. Rio de Janeiro, 1945, passim.

<sup>110</sup> GOMES, Luiz Flávio. Sobre o Conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência. São Paulo: RT-729 – julho de 1996 – 85 – Segunda Seção, p. 381 e ss.

e democrática que carrega em sua história, tendo, como ponto de arranque, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), de fundo indubitavelmente Iluminista. Mais que presunção de não-culpabilidade (que provém de uma visão "neutral", típica do engajamento político acrítico do jurista), o que temos no texto *sub examinem* é a verdadeira e própria presunção de inocência".

Questiona-se o uso da locução presunção de inocência. Seria uma verdadeira presunção? A doutrina vem procurando assinalar que, de fato, não se trata de uma presunção em sentido jurídico, pois, nesse sentido, presunção, conforme nos ensina o Tribunal Supremo espanhol, *ad exemplum*,

"é a conseqüência que se deduz de um fato acontecido para averiguar a verdade de um fato incerto; [...] implica um silogismo, um processo lógico que partindo de uma premissa constituída por uns fatos provados, induz a uma conseqüência necessária, racional e lógica segundo as normas do critério humano; é o enlace ou relação existente entre o fato demonstrado e aquele que se trata de deduzir".

Tampouco se pode sustentar que o preceito constitucional (artigo 5º, inciso LVII) configure uma "norma de presunção", visto que essa exige: previsão em lei positiva, caráter processual, com repercussões probatórias e enlace entre si de duas afirmações, antecedente e conseqüente, as quais devem ser qualitativamente distintas. No nosso texto constitucional aqui analisado, não temos o último requisito da norma de presunção, isto é, não existe nenhum vínculo entre duas afirmações qualitativamente distintas. Existe, isso sim, uma só afirmação, que não é deduzida de nenhuma outra.

Só resta considerar que a expressão presunção (quando tratamos da presunção de inocência) está sendo utilizada em sentido vulgar, não técnico. Sob esse enfoque, a presunção de inocência é a expressão de uma valoração feita pelo Legislador Constituinte (mediante um acusado da prática de um ilícito) que se decidiu por uma de duas proposições possíveis (ser inocente ou culpado), sem ter certeza absoluta de que se decidiu pela proposição correta. Todo ordenamento jurídico (e, particularmente, suas

concretas proposições normativas), ou parte da presunção de que o acusado é inocente (o ônus da prova da culpabilidade, nesse caso, pertence a quem faz a acusação) ou, de forma anômala, parte de presunção oposta (quando, então, o ônus da prova da inocência compete ao acusado).

## 6.2. Presunção da inocência no âmbito do Direito Processual Penal

É notório que o processo penal é o instrumento por meio do qual se tutela a liberdade jurídica do réu e não apenas instrumento da pretensão punitiva.

De acordo com os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover<sup>111</sup>, “a lei do processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos fundamentais e suas garantias”.

A presunção de inocência como regra probatória, verifica-se, quando se diz que nenhum juiz condena o réu diante de dúvida sobre a responsabilidade do acusado – *in dubio pro reo*. Ao réu, sempre se atribui o benefício da dúvida, como vem consagrado no inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal. Na Segunda Instância, a regra aplicável é complementada pelo artigo 615, do mesmo Diploma. Ratifica, ainda, tal instituto, o artigo 8.º, n. 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que afirma: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

No sistema jurídico brasileiro, em suma, todo acusado é presumido inocente, até que se comprove legalmente sua culpa. Culpa, aqui, logo se percebe, deve ser entendida no sentido de ‘culpabilidade’ (não culpa *stricto sensu*), ou seja, “atribuição culpável de um injusto típico ao seu autor”.

Com efeito, culpabilidade do acusado não é, a rigor, objeto de prova; objeto de prova são os fatos e a culpabilidade não é um fato, senão um conceito jurídico. Entretanto, quando se atribui a um sujeito a culpabilidade em relação com uma determinada infração criminal, não se faz outra coisa

---

<sup>111</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Constitucionais do Direito de Ação. São Paulo:R., 1973, p. 128-130.

que afirmar a existência de uns fatos que se ajustam a uma descrição típica penal e a participação neles do sujeito em questão. Desta forma, a expressão 'declarar a culpabilidade' não é senão uma forma abreviada de referir-se à afirmação da certeza de uns fatos que se ajustam em um tipo penal e da participação neles do acusado; e a utilização do conceito de prova em relação à culpabilidade deve entender-se, igualmente, como uma forma abreviada de se referir à prova de todos e cada um dos fatos que integram o tipo penal e à participação neles do acusado. Comprovar a culpabilidade, em conclusão, é comprovar o fato típico, assim como o vínculo, o elo, do acusado com tal fato.

E esse ônus de comprovar os fatos e a atribuição culpável, por força do artigo 156 do Código de Processo Penal, cabe a quem formula a acusação. Sabemos que a ilicitude e a culpabilidade não são objetos da prova acusatória.

Neste âmbito, funciona um conjunto de presunções que favorecem a acusação. O fato típico constitui indício da ilicitude e o injusto penal (fato típico e ilícito) é indício da culpabilidade respectiva (dolosa ou culposa). Dito de outra maneira: o injusto penal doloso é indício da culpabilidade dolosa, enquanto o injusto penal negligente é indício da culpabilidade negligente. O que compete à acusação, isso sim, é a demonstração inequívoca dos fatos e da participação do acusado nesses fatos<sup>112</sup>.

A doutrina tende no sentido de que o conteúdo do direito fundamental da presunção de inocência comporta uma dupla exigência: 1) de uma parte, que ninguém pode ser considerado culpado até que assim estabeleça uma sentença condenatória; b) de outra, que as conseqüências da incerteza sobre a existência dos fatos e sua atribuição culpável ao acusado beneficiam este, impondo uma carga material da prova às partes acusadoras. Com isso, as partes acusadoras são as obrigadas a alcançar o convencimento do juiz sobre a existência dos fatos e sua atribuição culpável ao acusado; a presunção de inocência é uma presunção *iuris tantum*, isto é, pode ser afastada por prova em sentido contrário (da culpabilidade); a prova, no entanto, deve ser suficiente para convencer o juiz, valendo o princípio do *in*

---

<sup>112</sup> GOMES, Luiz Flávio. Op.cit. p. 385-386

*dubio pro reo.*

De tudo se deduz que o princípio da presunção de inocência, que é instituto de direito preponderantemente processual, como regra probatória, possui íntima conexão com três princípios (limitadores) pertencentes ao Direito Penal, que são: (a) princípio do fato (Direito Penal do Fato); (b) princípio do *nullum crimen sine iniuria* (Direito Penal da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico); e (c) princípio da imputação pessoal ou subjetiva (Direito Penal da Culpa). Desde logo, impõe-se salientar que, de inúmeras formas, pode-se violar cada um deles (que configuram limites à intervenção penal estatal) e, em razão do vínculo que possuem, concomitantemente a presunção de inocência, como regra probatória. Vejamos: viola-se o princípio do fato (e também a presunção de inocência), quando o legislador presume, contra o réu, certos fatos (artigo 224 do Código Penal, por exemplo); viola-se o princípio do *nullum crimen sine iniuria* (e também a presunção de inocência), quando o legislador presume a lesão ou o perigo ao bem jurídico (perigo presumido); viola-se o princípio da responsabilidade pessoal ou subjetiva (e também a presunção de inocência), quando o legislador presume a participação de determinadas pessoas em um específico crime (artigo 95, § 32, da Lei 8.212/91). De outro lado, pode-se violar, ainda, o princípio da presunção de inocência, invertendo-se o ônus da prova (tal como se dá no artigo 25 do Código Penal)

No processo penal, a presunção de inocência exige que toda condenação tenha por fundamento prova incriminatória e que as dúvidas sejam resolvidas em favor do réu (*in dubio pro reo*). A presunção de inocência comporta a proibição de que as medidas cautelares e, em especial, a prisão preventiva, sejam utilizadas como castigos. A regra da presunção de inocência, de fato, visa impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, que sofra restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, em suma, que não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal.

A comprovação da culpabilidade, como exigência que emana da regra probatória, em contrapartida, precisa revestir-se de legalidade. Não é qualquer comprovação que se coaduna com o Estado Constitucional de

Direito. A colheita das provas deve seguir o *due process of law*. Cuida-se de atividade pública cercada de garantias. Viola-se a presunção de inocência como regra de garantia, quando, na atividade acusatória ou probatória, não se observa estritamente o ordenamento jurídico. É o que ocorre, hoje, com as chamadas denúncias genéricas, interceptação telefônica, entre outras.

Por força da regra de tratamento, ademais, todas as medidas coercitivas, antes ou durante o processo, só se justificam quando há extrema necessidade fundada em fatos concretos. Viola-se esse aspecto da presunção de inocência, quando se prevê prisão automática (artigo 594 do Código de Processo Penal, por exemplo), prisão por força de lei (prisão não fundamentada enquanto está pendente de Recurso Especial ou Extraordinário), e outras.

### **6.3. Princípio do *in dubio pro reo***

Caminhamos, hoje, no sentido da realização de maior igualdade. Por isso, precisamos saber, não as coisas com que contamos, mas as pessoas com quem contamos. Antes disso, porém, tem-se de escolher o fim (preceitos que façam mais igualdade) e pô-lo no mesmo plano que a liberdade pessoal.

A história repete-se. Os constituintes brasileiros de 1988 foram ao Velho Mundo buscar subsídios para acrescentá-los ao capítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e, dentre os que trouxeram, ressaltamos o princípio da presunção da inocência, que veio mais diretamente da Constituição portuguesa de 1976, artigo 35, § 2º. Este artigo assim dispõe: “todo argüido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

O princípio do *in dubio pro reo*, inserto nos direitos fundamentais da Constituição brasileira de 1988, fundamentada no Estado Democrático de Direito, vem ao encontro das aspirações do povo que elegeu seus constituintes para assegurar sua legítima vocação democrática.

Sem dúvida, o processo criminal é o que mais reflete na vida dos cidadãos. Percorramos todo o mundo, examinando-lhes as leis e as práticas judiciais; onde o processo é inquisitorial, a civilização está estagnada onde o processo é acusatório, a sociedade está a crescer. Se o Estado faz o

processo e ele mesmo julga, sem que haja o direito de defesa, de igualdade perante a lei e de igualdade de foro, aí o indivíduo vale muito pouco, ou não vale nada.

O Estado Democrático de Direito obriga a aplicação do Direito Penal e Processual Penal dentro de certos limites, que se associam ao respeito dos princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, igualdade e liberdade.

A liberdade só existe quando ao indivíduo é dada uma segurança constitucional, principalmente a elaboração de leis após a ocorrência do fato criminoso.

Segundo Hassemer Winfried<sup>113</sup>, o *in dubio pro reo*,

“como a maioria dos princípios processuais, fundamenta-se na discussão sobre a melhora dos direitos do acusado, ocorrida no século XIX, mas também pode ser compreendida (e fundamentada com mais força como modo de exigência político-jurídica) como uma consequência resultante das dificuldades da compreensão científica.”

Aos estudiosos do Direito cabe, nessa luta, sediar a sua pesquisa das soluções no campo das ciências jurídicas, que buscam a implantação efetiva de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar as garantias fundamentais. Estas, embora inscritas nas Constituições e reafirmadas por tratados internacionais, custam a integrar-se no Direito positivo destinado a assegurar aqueles direitos que constam da folha de papel para passarem de vez a conceder a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade fraterna, humana e pluralista, como bem descrito no preâmbulo de nossa Constituição.

A consagração do princípio da presunção de inocência no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição vigente, e o corolário do princípio contido na presunção de inocência — o *in dubio pro reo* — traz duas garantias para o

---

<sup>113</sup> WINFRIED, Hassemer. Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona: Ed. Bosch, Casa Editorial, 1975, p. 209.

acusado. A primeira, no terreno probatório, afirmando que cumpre ao órgão acusatório a tarefa de demonstrar a culpabilidade do réu, não cabendo a ele o encargo de provar a sua inocência. A dúvida, no momento da decisão, deve ser resolvida em favor do réu. E surge aí a aplicação do princípio *in dubio pro reo*. A segunda, dirigida à proscrição de qualquer restrição ao direito de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. O princípio constitui, no Estado de Direito, o pressuposto de todas as atividades concernentes à condenação e repressão criminal. Desde o surgimento do princípio, incluso nas cláusulas pétreas da nossa Constituição, chamou a atenção dos juristas o instituto da prisão cautelar e o direito de apelar em liberdade.

Afirma Manuel Cavaleiro de Ferreira<sup>114</sup>:

“A estrutura do processo penal depende não apenas da natureza do Direito Penal e sua evolução, como também da organização da jurisdição penal. Se não forem devidamente coordenadas, a organização judiciária, o Direito Penal e o Processo Penal, será ineficaz a justiça penal.”

Embora ainda restritos os julgados que admitem o princípio, especialmente quanto ao mérito da causa, podemos afirmar que o critério mais adequado para a análise da prova, no atual processo penal, é o que admite a negação da presunção de inocência diante da prova cabal.

As provas colhidas sob os princípios constitucionais, que levarão ao acolhimento da tese condenatória, quando claras e sem nenhuma dúvida, sustentarão o juízo unânime da procedência da acusação, pois, do contrário, pode-se afirmar, como descrito, que há dúvida quanto à certeza, prevalecendo a presunção de inocência do réu.

O respeito à Constituição, por parte do Judiciário, é total e incondicional. Nessas condições, é necessário que as provas colhidas sob a égide do contraditório e da ampla defesa sejam concretas para permitir a condenação. As exigências constitucionais do direito de defesa e do contraditório devem

---

<sup>114</sup>FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Curso de Processo Penal. Lisboa: Danubio, 1986, p. 27.

estar presentes. Também prevalecerá a presunção da inocência, que é anterior ao processo criminal e só afastada quando há plena convicção da responsabilidade criminal, com o trânsito em julgado.

Com o advento do princípio constitucional, não temos dúvidas em afirmar que um voto pela absolvição conduz a esta, com a aplicação do *in dubio pro reo*. Nesse voto absolutório, está posta a dúvida da culpabilidade e responsabilidade do acusado, exurgindo o princípio do *in dubio pro reo* em toda a sua plenitude.

A Lei n. 9.033, modificando o § 12 do artigo 408 do Código de Processo Penal, retirando a expressão “mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados”, denota a preocupação dos legisladores com o princípio do *in dubio pro reo*, bem como com o princípio da presunção de inocência.

## **7. CONCURSO DE PESSOAS E A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA MEDIANTE O ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

O artigo 29 da lei que introduziu a reforma da Parte Geral mostra que, indubitavelmente, foi acolhida doutrina diametralmente oposta àquela que inspirou o legislador penal de 1940, conhecida como teoria mística. O projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices: todos os que tomam parte no crime são autores. Já não haverá mais diferença entre participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário, pois quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele.

Acolhendo, sem restrições, o chamado Direito Penal da culpabilidade, e sob a influência da teoria finalista da ação, a nova lei não poderia fugir a essa conseqüência lógica, a teoria mística, cuja raízes estão fincadas no terreno da culpabilidade psicológica, considerando o dolo e a culpa, para realização do crime. Ao adotar a teoria da culpabilidade normativa, a Reforma Penal instituiu a consciência da ilicitude e a reprovabilidade como fundamentos da culpabilidade, portanto o agente responde pelo concurso. Adotou-se, virtualmente, a teoria do domínio do fato.

Por domínio funcional de fato, deve entender-se aquilo que exprime ter o co-autor capacidade para interferir na realização do fato delituoso

Segundo essa teoria, há uma diferença qualitativa de participação, pois enquanto outro detém o domínio do fato, o co-autor dispõe do domínio funcional do fato. Dessa forma, há uma diferença quanto à culpabilidade de cada um deles, a ser verificada caso a caso.

O concurso de pessoas, assim, é tratado de forma a distinguir autores, co- autores e cúmplices, derogando a fundamentação da teoria mística.

Portanto, autor é todo aquele que detém o domínio do fato; co-autor, aquele que dispõe do domínio funcional do fato; partícipe é quem exerce o domínio da vontade do fato.

Preferiu, assim, o legislador brasileiro, ficar coerente com a doutrina da culpabilidade subjetiva, cuidando dos casos de participação culpável, embora admitindo diferentes graus de culpa, com conseqüências diversas.

Daí os dispositivos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 29 do Código Penal, nos quais se prevê a participação de menor importância e a punição diferenciada para a hipótese em que o agente quis participar de crime menos grave, caso em que se aplica a pena prevista para esse crime, e, se previsível o resultado mais grave, a exasperação da pena até a metade.

### **7.1. Agravante no concurso de pessoas**

O monismo no tratamento da co-autoria pelo Código de 1940 era, de fato, apenas aparente, pois as circunstâncias agravantes, estatuídas no artigo 45, revelaram que se atribuía maior rigor penal àqueles que detinham o domínio do fato.

Com efeito, o reconhecimento de graus na participação delituosa, que decorre da natureza das coisas, vem consagrado na Nova Parte Geral, uma vez que se inova ao se estabelecer, no artigo 29, que cada concorrente deve ser punido na medida de sua culpabilidade, criando-se, no parágrafo 1º do mesmo artigo, causa de diminuição de pena para aquele cuja “participação for de menor importância. O reverso da medalha da causa de diminuição está nas circunstâncias agravantes do concurso de pessoa, estatuídas no artigo 62 da Parte Geral do Código Penal.

O critério que, agora mais nitidamente, preside à configuração das circunstâncias do concurso de pessoas, que agravam a pena, é o do domínio do fato.

Destarte, as circunstâncias agravantes estabelecidas nos incisos I a IV do artigo 62 referem-se ao concorrente que possua absoluto domínio do fato, por dirigir e orientar a execução do crime.

O comando da situação ressalta a posição do promotor ou organizador perante a dos demais concorrentes, exatamente porque possui o domínio do fato.

Para a teoria finalista, tem relevo no concurso de pessoas o aspecto subjetivo, pois a co-autoria caracteriza-se pela adesão ao ato a ser praticado,

como se próprio fosse, participando-se de um ato objetivo comum, desejando-se, igualmente, o fim delituoso.

Será maior, todavia, a culpabilidade, quanto maior for o domínio do fato, e, na medida em que a realização dependa do concorrente que tem posição de comando, mais grave deve ser a sua reprimenda com relação à do concorrente que não dirija ou oriente a execução do crime.

As demais situações, todavia, dizem respeito àquele que comanda o fato por promover ou organizar a cooperação ou dirigir a atividade dos demais agentes; por coagir outrem à execução material do crime; por instigar ou determinar a cometer crime alguém sujeito a sua autoridade ou não punível graças à sua condição ou qualidade pessoal; por executar o crime mediante paga ou promessa de recompensa.

Quem promove ou organiza o crime é o autor intelectual, não se enquadrando na hipótese daquele que apenas convida a integrar. Chefe da execução do delito é aquele que dirige a atividade dos demais.

Injustificável considerar-se mais grave a posição de quem induz, que pode até mesmo ter participação de menor importância, configurando-se antes a situação descrita como causa de diminuição da pena no artigo 29, 1º, do Código Penal

No inciso IV, do artigo 62, do Código Penal, considera-se agravante a circunstância de praticar o fato mediante paga ou promessa de recompensa, que constitui um motivo torpe. De fato, ambos os concorrentes incidem em uma agravação da pena: quem paga, porque é o promotor e enquadra-se sua ação no disposto do inciso I, e quem recebe, agindo necessariamente, pelo recebimento de vantagem econômica ou pela promessa dessa vantagem.

E quem age, necessariamente, ou seja, por um interesse objetivo independente do fim colimado pelo fato delituoso que pratica, tem, igualmente, domínio do fato.

Às situações descritas no referido artigo 62, acrescem-se as circunstâncias descritas no artigo 61 (que não são específicas para concurso de agentes) do Código Penal, principalmente no tocante à reincidência.

## 7.2. Agravante pela reincidência

A tradição que dispensa ao reincidente maior rigor punitivo encontra uma grande receptividade no nosso ordenamento jurídico, de forma que o instituto da reincidência raramente sofreu contestações mais incisivas por parte dos operadores do Direito.

Assim, parece quase impossível pugnar a inconstitucionalidade dos vários efeitos trazidos pela reincidência, principalmente quando já se tem uma consciência de aceitação generalizada.

Nota-se que a idéia prevalente é de uma culpabilidade agravada para justificar a exasperação da pena. Certo é que a idéia não foi extraída do conceito de culpabilidade como critério subjetivo de imputação do ilícito penal, muito menos como conceito analítico do crime. Vislumbra-se, no caso, apenas apresentar um limite à intervenção sancionatória do Estado.

Devemos considerar que o juízo de culpabilidade guarda assento na conduta típica praticada pelo agente e não no perfil psicológico daquele que transgredir as regras. Isso não quer dizer que a personalidade do agente não seja analisada quando da aplicação da pena-base. Tanto assim que, no artigo 59 do Código Penal, ao lado de outras circunstâncias judiciais, requer a avaliação da personalidade do agente, que se trata de um critério puramente subjetivo.

Não é ousadia dizermos que a reincidência, ao lado das circunstâncias judiciais, orienta o juízo, não em relação à gravidade objetiva do fato, mas em relação às características ou condições pessoais do autor do fato, encontrando, sem dúvida, legitimação na individualização da pena.

Com isso, não queremos dizer ser ela uma “circunstância” comum, pois senão a teríamos como um conjunto de acontecimentos que giram em torno do fato criminoso. Percebemos, no entanto, que a reincidência soma-se a uma condenação definitiva anterior que enseja a exasperação da pena.

Como já dito, a reincidência gera efeitos jurídicos diversos, ou seja, além do agravamento da pena, surgem conseqüências outras para o autor do fato.

O instituto da reincidência sempre causa polêmica sendo incompatível com os princípios que norteiam o direito penal democrático e humanitário,

uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um plus para a condenação anterior já transitada em julgado. Quando o juiz agrava a pena na sentença posterior, está, em verdade, aumentando o quanto da pena do delito anterior, e não elevando a pena do novo crime praticado.

De fato, quando do cometimento do primeiro delito, o agente já recebe a sua pena. Quando pratica um segundo delito, será punido com pena mais elevada, ou seja, a sanção é aplicada para o segundo delito, justificando-se o aumento da pena, em relação, também, à prática de um delito anterior com trânsito em julgado. Aqui, mais uma vez, há o *bis in idem*.

Dizemos da reincidência, porquanto, colocamos a seguinte questão: no caso de concurso de pessoas, em que um réu tem seu processo suspenso por não ter atendido à citação editalícia e nem nomeado defensor (artigo 366, Código de Processo Penal) e o outro comparece e, a final é definitivamente condenado, como fica o instituto da reincidência?

Primeiramente, ressaltamos que aquele que foi definitivamente julgado, se vier a praticar outros delitos após o trânsito em julgado, estará à mercê da exasperação da pena, bem como das conseqüências geradoras do instituto da reincidência, ao passo que aquele que é fugitivo, praticando outros delitos, quando do julgamento deles, não sofrerá exasperação da pena, e, conseqüentemente dos efeitos da reincidência, pois não fora julgado por nenhum dos processos, não havendo trânsito em julgado.

A situação é complexa, denotando que, nesse caso, o Estado acaba exercendo parcialmente o *ius puniendi*.

Outra análise feita é que aquele que foi sentenciado fica em desvantagem àquele que teve o processo suspenso, ferindo-se o princípio da igualdade, pois o primeiro pode se tornar reincidente, ao passo que o segundo não será assim considerado.

Sabemos que o Código Penal adota, como regra, a Teoria Unitária da Participação, que faz com que todos os partícipes se achem incursos no mesmo dispositivo legal incriminador.

Poderíamos dizer que aquele que se furtou ao processo judicial teria como conseqüência a majoração da pena pelos antecedentes, porém, salientamos que mesmo tendo a pena aumentada, estes não trazem consigo as conseqüências excessivas da reincidência.

Diante do texto claro do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, sempre surgem vozes, as mais das vezes de juízes, com o intuito de minimizar o que ali está escrito, proclamando que não se alude aí a qualquer presunção, mas a mero estado de não-culpabilidade<sup>115</sup>.

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Mais do que a contemplação da presunção de inocência, é clara a exigência de que tal presunção somente seja destruída por força de uma sentença condenatória transitada em julgado. Todos somos presumidamente inocentes, qualquer que seja o fato que nos é imputado, pois, nem mesmo após uma condenação definitiva, deixaremos de ser pessoa humana.

Ensina Alberto Silva Franco<sup>116</sup> que:

“[...] qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia” pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer seja o crime que lhe é imputado.”

A tentativa de desprezar o contido em nossa Carta Magna é pública e notória, tanto que, em nossos Tribunais, é comum a manifestação de que, possuindo registro de antecedentes, justifica-se a elevação da pena. São poucos os que se sensibilizam em opinar pela não exasperação da pena quando há antecedentes, como processos em andamento, inquéritos instaurados (arquivados ou não).

Muito mais importante do que a busca da realização da justiça está a obtenção da segurança proporcionada pela coisa julgada e não o raciocínio

---

<sup>115</sup> SUANNES, Adauto Alonso S. Os fundamentos Éticos do devido processo penal. São Paulo: RT, 1999, p. 225.

<sup>116</sup> FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 3a. ed. São Paulo: RT., 1994, p. 48.

sob hipóteses. Não seria justo e perfeito que à coisa julgada fosse permitido reexame, pois, aí, os interesses da Justiça se perderiam, além de causar substancial instabilidade aos que foram julgados.

A coisa julgada, portanto, quando se tratar de decisão criminal, é imutável naquilo que beneficia o acusado, sendo proibida a *reformatio in pejus*.

Se, por exemplo,<sup>117</sup> “o réu é acusado de um furto e vem a ser absolvido “por insuficiência de provas”. Alguém que tenha o mínimo de apreço ao ser humano o apontará como autor desse mesmo fato? Pois, a isso equivale a afirmação de que os fatos constantes do inquérito justificam afirmar que ele teve má conduta. Se essa “má conduta” não caracterizou furto, que tipo de enquadramento ético vamos lhe dar? Se isso é assim diante de uma decisão definitiva, com mais razão deve ser quando estamos diante de um simples inquérito policial arquivado. Inquérito policial arquivado é um nada processual.

O nosso Código Penal, ao cogitar das etapas da fixação da pena, manda levar em consideração a conduta social do réu, os (maus) antecedentes (criminais) do condenado, tanto quanto, quando seja o caso, a ocorrência de reincidência, o que leva à conclusão de que se trata de situações diversas, pois, a reincidência é causa de exasperação da pena, conforme consta do artigo 61, ao passo que os antecedentes fazem parte das circunstâncias judiciais.

Outra diferença primordial que merece ser reiterada é que os maus antecedentes dão ensejo apenas à majoração da pena, mas jamais trazem conseqüências outras como o fator reincidência.

Ao analisar os antecedentes do réu, cinco situações<sup>118</sup> podem apresentar-se ao juiz criminal para fixar a pena:

- 1) trata-se de pessoa que jamais teve contra si a instauração de ação penal ou mesmo de inquérito policial;
- 2) trata-se de pessoa que teve contra si instaurado inquérito policial, que não resultou em apresentação de denúncia ou queixa;

---

<sup>117</sup> SUANNES, Aauto Alonso. Op. cit. p.236.

<sup>118</sup> SUANNES ,Aauto A., Op. cit. p. 237-239.

- 3) trata-se de pessoa que teve contra si instaurado inquérito policial, a que se seguiu apresentação de denúncia, sobrevivendo decisão não-condenatória definitiva (qualquer que seja o fundamento dessa não-condenação);
- 4) trata-se de pessoa que teve contra si instaurado inquérito policial, a que se seguiu apresentação de denúncia, sobrevivendo decisão condenatória definitiva, prolatada depois dos fatos que estão sendo apreciados pelo atual sentenciante;
- 5) trata-se de pessoa que teve contra si instaurado inquérito policial, a que se seguiu apresentação de denúncia, sobrevivendo decisão condenatória definitiva, prolatada antes da ocorrência dos fatos que estão sendo apreciados pelo atual sentenciante.

Ousamos, aqui, apresentar mais uma situação particular, em especial quando houve suspensão do processo do réu que, citado por edital, não compareceu para ser interrogado e nem constituiu defensor. Será que a situação de ausente não “induz” o juiz criminal a acreditar que, se o acusado se furtou a comparecer em juízo, certamente foi ele quem praticou o delito? É o velho ditado de que “quem cala consente” e, em razão disso, ao julgar outros delitos praticados pelo agente, entenda ser ainda mais justificável a exasperação da pena pelos antecedentes?

Aqueles fatos passados (cuja notícia nos é dada por um mero papel encartado no atual processo) são processualmente inexistentes, por isso o julgamento deles não implicou em alteração do status jurídico do interessado. Ele era inocente antes do indiciamento, continuou inocente depois da denúncia e assim ficou até a decisão final, pois só uma decisão final condenatória alteraria esse status.

Entretanto, admitamos que o réu que está sendo julgado agora tem, em seu desfavor, um ou dez inquéritos policiais instaurados e arquivados. Aos olhos do leigo, isso pode ser um claro sintoma de que se trata de pessoa useira e vezeira em transgredir a lei. Se assim é, que explicação se haverá de dar para o fato de todos esses inquéritos haverem sido arquivados? Como não se pode presumir que o juiz tenha pactuado com pedidos absurdos de arquivamento feitos pelo Ministério Público, nem que este tenha deixado de determinar à autoridade policial as providências que entendera cabíveis para

o devido esclarecimento do ocorrido, tudo o que temos, objetivamente, é que essa pessoa está sendo vítima de perseguição policial.

Ou se pretenderá que o réu promova revisão criminal para comprovar que seu indiciamento ou mesmo sua inclusão na denúncia foi fruto de erro ou dolo da autoridade policial ou do representante do Ministério Público?

Em termos práticos: além de não se lhe permitir que apague de sua vida os tais “maus antecedentes”, por mais indevidos que sejam, ainda se pune o absolvido, como se fosse ele o responsável por haver sido absolvido, o que afronta o bom senso e, no limite, contrariaria o contido no artigo 50 inciso XXV, da Constituição Federal, pois não se lhe permite apagar de sua vida aquela marca eternizada por esse descabido entendimento.

Como a reincidência só ocorre quando o segundo fato é praticado após o trânsito em julgado de decisão criminal condenatória, segue-se que, sem essa condenação anterior, pouco importa o número ou a natureza dos crimes que alguém tenha cometido: o agente continua a ser considerado, pela lei, réu primário.

Havendo uma decisão judicial que o considere responsável pela prática de outro crime (diverso daquele em julgamento), não pareceu ao legislador que devesse ele merecer o mesmo tratamento que mereceria se jamais tivesse sido criminalmente condenado.

A tendência vê necessidade no agravamento da pena, alegando que o reincidente demonstra seu desprezo à pena anterior, quando, de fato, está mais do que provado que a aplicação de uma pena mais rigorosa não reeduca o condenado.

Pela normatização que se apresenta, constata-se, ainda, que, se o condenado vem a praticar outro delito após o período de cinco anos, contado da data do último dia de cumprimento de sua pena, o juiz criminal, ao julgar o delito posterior, não pode fundamentar a majoração da pena pela reincidência, ou seja, há prescrição da reincidência, entretanto, pode justificar a exasperação por maus antecedentes (afinal, há muito tempo, teve uma condenação transitada em julgado – imutável), ou seja, os antecedentes jamais prescrevem.

Ora, se a reincidência se apaga, por que os maus antecedentes devem perpetuar no tempo?

Mais inaceitável, ainda, é o fato de a pena ser agravada por “maus” antecedentes, tendo como provados fatos que ainda não deram causa a uma denúncia do Ministério Público, ou, em havendo, não se podendo afirmar com convicção se o réu será ou não condenado, portanto, não há idoneidade para legitimar agravamento da pena, sem qualquer pronunciamento definitivo. O que se tem em um processo, antes de sua decisão definitiva, são simples relatos, notícias de uma infração penal, praticada por uma determinada pessoa. Quiçá, considerar inquéritos arquivados, sentenças definitivas de absolvição como “maus” antecedentes.

Nada justifica que se procure restringir o alcance dos chamados direitos fundamentais da pessoa humana, muitos dos quais, sem as garantias que lhe proporciona o processo penal, seriam mero enunciado.

Lamentável que nossa Suprema Corte feche os olhos para essa nova realidade jurídica, atribuindo a quem não foi condenado criminalmente o(s) mau(s) antecedente(s), o que não se coaduna com a presunção de inocência que a todos nos cobre e que só sentença condenatória definitiva tem o condão de revogar.

## CONCLUSÕES

1. A ciência processual vem estabelecendo, mediante útil e laboriosa generalização, os princípios fundamentais que dão forma e caracterizam os sistemas do processo. Trata-se de operação de síntese crítica, consistente em focalizar os preceitos nos quais esses princípios estão acolhidos, os seus respectivos corolários (correspondentes), bem como a harmonização de seu conteúdo, na ordem jurídica em vigor dentro de determinado Estado, com outros princípios jurídicos e com os imperativos do bem comum. Assim, cada sistema processual se calca em alguns princípios que se estendem a todos os ordenamentos e em outros que lhe são próprios e específicos. Como ensina Ada Pellegrini, “é do exame dos princípios gerais que informam cada sistema que resultará qualificá-lo naquilo que tem de particular e de comum com os demais, do presente e do passado”.

2. O artigo 5º, inciso LV da Constituição vigente, afirma: “os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O princípio do contraditório não é aceito na fase de inquérito policial, principalmente no que diz respeito ao acusado, mas, no que diz respeito à acusação, é freqüente indicar promotores de justiça para acompanhar (presidir) inquéritos policiais. Este princípio não admite a condenação do réu exclusivamente com base em prova produzida na fase inquisitorial (policial), porque colhida sem o crivo do contraditório. Do princípio do contraditório decorre a “igualdade” de tratamento das partes no processo, pois tem o acusado o direito de nomear o defensor de sua confiança, apresentar provas, etc.

3. O princípio da ampla defesa, insculpido no artigo 5º, inciso LV, segunda parte, assegura aos acusados a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Trata-se de direito que a Constituição outorga ao acusado. Defesa é o direito que tem o réu ou acusado em geral de opor-se à

pretensão do autor (público ou privado), no curso do processo instaurado por este. E como o processo tem um duplo conteúdo – um processual e outro de mérito – distinguem-se duas formas de defesa: a defesa processual e a defesa de mérito. Na defesa processual, o réu ou acusado em geral procurará mostrar, quando isso couber, que é inadmissível a prestação jurisdicional pedida, por exemplo, por faltar algum pressuposto processual, condição da ação ou de procedibilidade; e, na defesa do mérito, tentará demonstrar que inexistente o direito de punir, *jus puniendi*, ou que a acusação, no todo ou em parte é improcedente.

4. De outra parte, assegurada aos acusados, em geral, a defesa ampla, a Constituição obriga o legislador ordinário a outorgar ao réu tutela processual eficaz, para que possa usar no curso do processo dos recursos lícitos com que poderá opor-se a pretensão da acusação. Segundo a Constituição Federal, no dispositivo mencionado, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Sendo o réu presumidamente inocente, nos termos da Constituição, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, legalmente, só poderá ser admitida a título de cautela, nos termos dos artigos 311, 312 e 408 § 2º Código de Processo Penal e demais legislação pertinente. É oportuno mencionar que manter o *status libertatis* do cidadão é a regra, e sua prisão, a exceção nos casos previstos em Lei, sempre para garantir a ordem pública, a instrução criminal, a aplicação da lei penal e para assegurar ordem econômica e tributária.

5. O artigo 366 Código de Processo Penal mostra que o processo e o prazo prescricional ficarão suspensos, quando o réu citado por edital não comparecer e nem constituir advogado. Tais requisitos são cumulativos, vedando, assim, o processo e o julgamento pela ausência do acusado citado por edital e que não constitua defensor. Fica, portanto, ressalvada a efetividade desse direito de defesa, que não mais se satisfaz com a presunção de ciência quanto ao teor da imputação, decorrente de uma citação ficta e presumida.

6. O juiz, ao suspender o processo, nos termos do artigo 366 Código Penal, não é obrigado a decretar a prisão preventiva do réu, uma vez que o magistrado só decreta a prisão preventiva de alguém quando for medida

necessária para o processo, ou seja, quando estiverem presentes os pressupostos e fundamentos do artigo 312 Código de Processo Penal. Contudo, poderá o juiz autorizar a produção de provas consideradas urgentes (aquelas que podem desaparecer ou tornar inócuas pelo decurso do tempo).

7. Embora haja posicionamento em sentido contrário, prevalece o entendimento de que a suspensão da prescrição perdurará exatamente o tempo do prazo prescricional, avaliado pela pena máxima em abstrato (artigo 109 Código Penal). Terminado esse prazo sem que o acusado seja localizado, voltará a fluir o prazo prescricional por tempo igual, continuando suspenso o processo. Neste caso, será declarada a extinção da punibilidade do réu.

8. A lei em estudo é irretroativa por inteiro, não tendo aplicação de processo em curso, de réu revel citado por edital que praticou infração penal antes de 17.6.96; pois: a suspensão do prazo prescricional em face do sobrestamento da ação penal, que prejudica o réu e favorece a acusação, nesse ponto, é mais gravoso que o ordenamento legal anterior ( *novatio legis in pejus*). Por isso, deve ser irretroativo, não se aplicando às infrações penais cometidas antes da vigência da lei, nos termos dos arts. 5º, XL, da CF e 2º , parágrafo único, do Código Penal; ou seja, não podendo conferir às duas formas de suspensão, a do processo e da prescrição, praticamente o mesmo efeito, imprimindo à lei incidência imediata no que tange ao sobrestamento da ação penal e efeito retroativo na parte em que impõe a suspensão da prescrição. O confronto entre o poder punitivo do Estado e o direito de liberdade do cidadão deve ser feito em termos de equilíbrio. É sob esse fundamento que o artigo 366, caput, do Código de Processo Penal, em sua nova redação concedeu uma arma à defesa, a suspensão do processo; não deixou, porém, a acusação desprevenida: conferiu-lhe a suspensão do prazo prescricional como instrumento de combate. Assim, no tema em foco, enquanto a defesa do réu ausente, citado por edital tem a seu favor a suspensão do processo, a acusação tem a arma da suspensão do prazo prescricional, guardando, desta forma, a igualdade entre as partes. Prevalecendo na norma mista o caráter penal, a suspensão do processo não pode ser determinada nos autos em que se apura crime anterior à vigência

da lei, visto ser impossível dissociar suas características penal (suspensão do curso da prescrição) e processual (suspensão do processo), que devem ser apreciadas em conjunto, sem cisão de seu conteúdo, sob pena de se criar uma nova norma legal, de suspensão do processo e curso concomitante do prazo prescricional, em decorrência da irretroatividade da matéria substantiva. Acreditamos que a nova redação do tipo processual apresenta uma disposição mista, impondo princípios de direito material e processual. Quando isso ocorre, prevalece a natureza penal.

9. Com relação à reincidência e suspensão do processo, sabemos que se trata a reincidência da primeira figura da lista de agravantes, no entanto, ela não é eterna, pois, após o transcurso de cinco anos, a condenação anterior perde seu efeito de gerar reincidência, retornando a qualidade de primário. 10. O réu que praticou um delito, citado por edital, não comparece e nem constitui advogado; como disposição legal, terá suspenso o processo, bem como o prazo prescricional; contudo, se este vier a cometer outro delito, não poderá ser considerado reincidente, pois não houve julgamento do delito anterior, com trânsito em julgado.

11. A desigualdade é ainda mais latente no caso de co-autoria, pois trata-se de hipótese em que o crime é praticado por duas ou mais pessoas, que executam o comportamento que a lei define como crime. Embora a conduta deles não precise ser idêntica, todos cooperam no cometimento do crime. No caso de concurso de pessoas, em que um réu tem seu processo suspenso, de acordo com o que dispõe o artigo 366 do Código de Processo Penal, e o outro comparece e, afinal é definitivamente condenado, o co-autor, que foi definitivamente julgado, se vier a praticar outros delitos após o trânsito em julgado, estará à mercê das conseqüências que geram o instituto da reincidência; ao passo que o réu foragido, praticando outros delitos, quando do julgamento destes, não sofrerá os efeitos da reincidência, pois não fora julgado por nenhum dos processos, pode ter como conseqüência a majoração da pena em virtude dos antecedentes, mas sabemos que esses não trazem as mesmas conseqüências da reincidência. Neste caso, o sentenciado fica em desvantagem com relação àquele que teve o processo suspenso, ferindo-se o princípio da igualdade, pois o primeiro pode se tornar reincidente, ao passo que o segundo não será assim considerado.

12 As alterações trazidas pela Lei n. 9.271/96, especialmente no artigo 366, tiveram como escopo atender de modo efetivo as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Essa intenção do legislador está manifesta na Exposição de Motivos do então projeto de lei:

“ [...] a hipótese do não comparecimento do acusado leva à incerteza quanto ao conhecimento, pelo acusado, da acusação a ele imputada, o que pode motivar a alegação posterior, de cerceamento de defesa. Com efeito, os princípios da ampla defesa e do contraditório, adotados no ordenamento jurídico brasileiro, e a previsão da Constituição Federal de que ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal ( artigo 5º, LVI) conferem respaldo legal à nova pretensão do artigo 366[ ..].”.

## BIBLIOGRAFIA

ACOSTA, Walter P. O Processo Penal. Teorias, práticas, jurisprudências, organogramas. 9. ed. Rio de Janeiro : Editora do Autor, 1973.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. O Processo Criminal Brasileiro. v. I, 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Direito Penal e criação judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ASÚA, Luiz Jiménez de. La ley y el delito. Caracas, Andrés Bello, 1945.

BARREIROS, José Antonio. O julgamento no Novo Código de Processo Penal. In: Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1993.

BITENCOURT, Cezar Noberto. Manual de Direito Penal. v.1. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRUNO, Anibal. Das Penas. Rio de Janeiro, Forense, 1976.

CARNELUTTI, Francesco. Lezioni di Diritto Processuale Civile. v.II. Padova: CEDAM, 1933.

CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal. v. II. São Paulo: Saraiva, 1957.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CONSO, Giovanni. Procedimento Penal ou Direito Processual Penal? São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

CUNHA, J.S.; BALUTA, José Jairo. O Processo Penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica. A vigência e a supremacia sobre o direito interno brasileiro. (Dec. 678/92). Juruá

DAMÁSIO DE JESUS, Evangelista. Direito Penal. v.1, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1999.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. Atlas: São Paulo, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. v.1. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Conceito de Norma Jurídica como problema de essência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento jurídico. 3. ed. Lisboa: F.Calouste Gulbenhian, 1972.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. 6. ed Tomo I, v. III. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

FEELEY, Malcolm. The Adversary System. In Encyclopedia Of The American Judicial System. v. III. New York: Robert J. Janosik Editor, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razon: teoria del garantismo penal. Madrid, Trotta, 1995.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Curso de Processo Penal. Lisboa: Danúbio, 1986.

FOSCHINI, Gaetano. Sistema del Diritto Processuale Penale. v. I. Milano: Giuffrè, 1965.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Advocacia da Liberdade. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.

GRECCO Filho, Vicente. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Código de Processo Penal. In Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCRIM, RT, n. 10, 1995.

------. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In Revista Brasileira de Ciências Criminais (27): São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

------. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na Legislação latino-americana. In Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: 47, jan.-mar. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

\_\_\_\_\_. Novas Tendências do Direito Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_ ; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As Nulidades no Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de Inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.

----- Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luis Flávio. Sobre o Conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.

GULBENHIAN, F. Calouste. Introdução ao Pensamento jurídico. 3. ed. Lisboa, Editora, 1972.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona:Ed. Bosch, Casa Editorial, 1975

HUNGRIA, Nelson. Novas questões jurídicas Penais. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto008.htm>>. Acesso em: 17 de agosto de 2003.

LUISE, Luiz. O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabrir, 1987.

LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Forense, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1942

MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1949.

MARQUES, Frederico. Tratado de Direito Processual Penal. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. Elementos de Direito Processual Penal. v. I. São Paulo: Forense, 1961.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. Ação Penal (análises e confrontos). São Paulo: Saraiva, 1938.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1974.

MIRANDA, Antonio Fernando; BARRETO, Fernanda. O devido processo legal e a Constituição Federal de 1988. In Revista de Julgados do TACRIM/SP n° 39 - jul/set, Fiúza.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7. ed. rev e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. Júri - Princípios Constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

OLIVEIRA, Edmundo. Política Criminal e Alternativas à Prisão. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEDROSO Fernando de Almeida. Processo Penal, o direito de defesa (repercussão, amplitude, limites). Rio de Janeiro: Forense, 1986.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. Tribunal do Júri: culpado ou inocente? Anteprojeto de Código de Processo Penal de Novembro de 1994. In *Justiça Penal* 3, críticas e sugestões (coordenação de Jaques de Camargo Penteado). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RADBUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese*. Trad. Alessandro Baratta Milano. Giuffrè, 1962.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972.

REALE JR, Miguel; ARIEL DOTTI, René; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e Medida de Segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SAMPAIO JÚNIOR, Denis Andrade. *Suspensão do Processo e da Prescrição Penal: Comentários à Lei n. 9.271/96*. 1. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Direito Processual Penal*. v.3. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Aspectos jurídicos da reincidência*. *IBCCRIM*, ano 7, n. 78, maio de 1999.

SILVA. Marco Antonio Marques da. *A vinculação do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. O Devido Processo Legal no Processo Penal: da Antígona ao Garantismo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUANNES. Adauto Alonso S. Os fundamentos Éticos do devido processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TAVARES, Juarez. Teoria do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. v. I. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TORON, Alberto Zacharias. Revista de Processo. n. 73, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Lauria Rogério; CRUZ E TUCCI, José Rogério. O Devido Processo Legal e a Tutela Jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no Direito Processual Civil. São Paulo : Revista dos Tribunais, a. 80, v. 665, mar. 1991.

VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Alemão. F. Briguiet, 1899.

WELZER, Hans. Derecho Penal Alemão. Trad. Juan Burta Ramires e Sergio Yañes Pérez. Editora Jurídica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal - Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1988.