

Eugênio Pacelli de Oliveira

Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Procurador Regional da República no Distrito Federal e Relator-Geral da Comissão de Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal instituída pelo Senado da República

## Curso de Processo Penal

17ª Edição

Revista e Ampliada. Atualizada de acordo com as Leis nºs 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012

03284  
Maurício Zanaldo de Moraes  
Bibliotecário Particular

SÃO PAULO  
EDITORA ATLAS S.A. - 2013

- I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após o afastamento do agressor;
- III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda de filhos e alimentos;
- IV – determinar a separação de corpos;
- V – além de outras, previstas no art. 24. A registrar apenas a medida relativa à separação de corpos, tipicamente do direito de família.

As demais, bem como aquelas do art. 24, não oferecem quaisquer indagações, tendo em vista a natureza evidentemente cível de todas elas. Valem, também aqui, as observações que fizemos em relação à competência do Juiz de Família e do Juízo Criminal, até que não instalados os Juizados (item 14.6.2).

### 14.7 Processo e procedimentos especiais

#### 14.7.1 Dos processos de competência originária

Atualmente é a Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que regulamenta o procedimento a ser seguido nos crimes de competência originária dos Tribunais Superiores (STF e STJ), bem como dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, por força da Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993. Deverão ser observados também as normas dos respectivos Regimentos Internos, desde que não conflitantes com a citada legislação.

Por competência originária deve-se entender o julgamento dos crimes nos quais os seus acusados tenham privatividade de foro, decorrente de prerrogativa de função assegurada constitucionalmente. Desnecessária aqui nova incursão à Lei nº 10.628/02, que alterou a redação do art. 84 do CPP, tendo em vista que a respectiva abordagem já foi feita em espaço temático mais adequado, conforme disposto no item 7.3.5.2, a que ora remetemos o leitor.

Conforme já se observa do disposto no art. 2º da aludida Lei nº 8.038/90, os tribunais têm competência também para regulamentar determinadas matérias relativas ao julgamento de ação penal de sua competência originária.

Assim, por exemplo, nada impede que o julgamento de prefeitos, nos Tribunais de Justiça, seja reservado, pelo respectivo Regimento Interno, a alguns

de seus órgãos colegiados, não se exigindo o processo e julgamento pelo plenário do tribunal, como já reconheceu o E. Supremo Tribunal Federal (STF JSTF - 233/288; RT nº 750/523).

A fase investigatória e, sobretudo, o inquérito policial devem ter tramitação perante o próprio órgão da jurisdição, competente para o processo e julgamento da futura ação penal.

No caso de inquérito policial, em que a tramitação ocorre necessariamente perante o Judiciário, por força de lei, os pedidos de prorrogação do prazo de conclusão do procedimento, bem como todas as providências de natureza cautelar necessárias ao bom andamento das investigações, devem ser de iniciativa do tribunal competente, e, mais precisamente, do Relator a quem for distribuído o inquérito (art. 2º, Lei nº 8.038/90). Assim ocorrerá em relação aos mandados de busca e apreensão, à imposição das cautelares pessoais do art. 319 e do art. 320, CPP; à decretação de prisão preventiva, quando couber ao relaxamento de prisão, à aplicação da liberdade provisória etc.

Esclareça-se, no ponto, que, embora o Tribunal atue na supervisão e no controle de legalidade da investigação, não há que se falar na necessidade de *autorização* judicial para a instauração do inquérito policial. Supervisão, insista-se, não implica titularidade acerca da pertinência ou cabimento da investigação, mas tão somente o controle de sua legalidade.

No julgamento da questão de ordem na PET 3825 - Inq. 2963, a Suprema Corte decidiu que, em tais situações, de foro privativo por prerrogativa de função, somente o Ministério Público poderia decidir pela instauração da investigação, mediante *requisição*, sendo vedado à autoridade policial a atuação *de ofício*. Por isso mesmo, decidiu-se também pela impossibilidade de indiciamento do investigado.

Como vimos, alguns agentes políticos não podem ser presos preventivamente e outros nem mesmo em flagrante, salvo quando inafiançável a infração. Já esclarecemos a questão da inafiançabilidade e seu remoto significado. Por isso, remetemos o leitor ao Capítulo 11, não sem antes reiterar: a inafiançabilidade não implica a proibição da restituição da liberdade; o juiz deverá concedê-la, se ausentes as razões da preventiva, devendo impor algumas das cautelares pessoais diversas da prisão (art. 310, II, c/c art. 319, art. 320, CPP). Naturalmente, tal não se aplica (imposição de cautelares) aos membros do Congresso Nacional e ao Presidente da República (art. 53, § 2º, e art. 86, § 3º, CF), em razão de não ser cabível a preventiva para essas autoridades.

O rito procedimental da ação penal originária inicia-se com a remessa dos autos da investigação ao Ministério Público, que terá o prazo de 15 dias para

oferecer a denúncia, ou para requerer o arquivamento do inquérito ou das peças informativas (art. 1º).

Tratando-se de réu preso, o prazo será de cinco dias, seguindo, aliás, o procedimento comum previsto no Código de Processo Penal.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê a possibilidade de arquivamento de ofício do inquérito, sem o requerimento do Ministério Público (art. 231, § 4º).

A medida, como se vê, transborda os limites da lei, consoante a regra do art. 3º, I, Lei nº 8.038/90. No entanto, como o Tribunal (qualquer um) pode conceder *habeas corpus* de ofício em casos de manifesta ilegalidade (atipicidade manifesta, extinção da punibilidade), seria inócuo insistir na ilegalidade da providência.

A instrução, a ser presidida pelo juiz relator, escolhido segundo dispuser o Regimento Interno, inicia-se com a apresentação da denúncia ou da queixa ao tribunal.

O Tribunal, antes de receber a denúncia, deverá notificar o acusado, para que este ofereça a resposta, ou contestação, no prazo de 15 dias.

De se ver, então, que a Lei nº 8.038/90 estabelece duas modalidades de resposta. A primeira, antes do recebimento da peça acusatória, e, a segunda, após a citação do acusado, para fins de apresentação de defesa prévia, estando já recebida a denúncia ou queixa (arts. 7º e 8º).

Note-se, então, que a citada legislação ainda contempla a antiga regra do CPP - já revogada pelos novos ritos da Lei nº 11.719/08 - que previa a citação para o *interrogatório*, seguido de apresentação de defesa prévia, na qual se arrolariam as diligências probatórias que entendesse cabíveis a defesa.

Problema maior sequer seria esse, mas, sim, o fato de ainda se prever o interrogatório como primeiro ato de instrução, algo já banido no CPP para os procedimentos (comum - sumário e ordinário) ali previstos. O que fazer?

A solução mais adequada ao atual sistema processual brasileiro seria a de dar-se por *ab-rogadas* algumas regras da aludida Lei nº 8.038/90, de modo a que se estabeleça o seguinte rito:

- a) a notificação para a resposta escrita haverá de ser feita nos moldes do art. 396 do CPP facultando-se e abrindo-se à defesa a possibilidade de apresentação de todas as modalidades defensivas ali previstas;
- b) não sendo citado o réu pessoalmente, o referido ato processual deverá ser feito por edital;

- c) apresentada a resposta, deverá o tribunal designar data para o recebimento da peça acusatória. Se o acusado, citado pessoalmente, não apresentar resposta, deverá ser designado defensor para fazê-lo (art. 396-A);
- d) uma vez que seja recebida a denúncia ou queixa, deverá o tribunal seguir com a instrução, ouvindo-se as testemunhas de acusação, bem como as demais provas por esta arroladas; após o que, deverão ser produzidas as provas requeridas pela defesa.

Importante salientar que a supressão da defesa prévia, tal como aqui sustentado, se justifica pelo afastamento do interrogatório da fase inicial, resguardando-se o referido ato para o final da instrução. Tudo que poderia ser dito na defesa prévia do art. 8º (Lei nº 8.038/90) poderia sê-lo, em maior amplitude, na resposta escrita anterior ao recebimento da denúncia ou queixa. O Supremo Tribunal Federal vem aceitando esse entendimento, conforme se vê no julgamento da AP 528-Agr/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Por outro lado, pensamos ser perfeitamente aplicável às ações penais originárias o disposto no art. 366 do CPP quando se tratar de réu, citado por edital, que não compareça perante o tribunal nem constitua defensor. O que deve ser preservado, e essa é a *ratio essendi* da norma, é a possibilidade de efetiva defesa do acusado citado por edital. Assim, cabíveis também a suspensão do processo e do prazo prescricional.

Dispõe o art. 5º que, apresentada a resposta, se esta estiver acompanhada de documentos, sobre eles terá vista o órgão da acusação (art. 5º). Regra típica de processo de natureza cível!

Ora, não há razão alguma para a manifestação da acusação sobre eventuais documentos trazidos com a resposta escrita. Sobre eles poderá se manifestar o Ministério Público ou o querelante (na ação privada) por ocasião da instrução e em alegações finais. O processo penal não se orienta pela ampla acusação, mas, ao contrário, pela ampla defesa.

Pode ser também que o tribunal entenda de não ser o caso de recebimento da acusação, seja por questões processuais, seja por entender pela inexistência de crime (atipicidade, excludentes de ilicitude ou até de culpabilidade comprovadas). No primeiro caso, ele a rejeitará (art. 6º, Lei nº 8.038/90, c/c art. 395, CPP); no segundo, julgará improcedente a acusação, valendo-se daquelas hipóteses previstas para a absolvição sumária dispostas no art. 397, CPP. É dizer: seja como improcedência, atendendo-se ao disposto na legislação

específica (art. 6º, Lei nº 8.038/90), seja como absolvição sumária, aplicando-se a regra do CPP (art. 397), o tribunal poderá antecipar o julgamento do mérito.

Portanto, e, em resumo: quando se tratar de rejeição da denúncia, parecidos que o juízo que sobre a matéria se estende é simplesmente de viabilidade da ação, devendo-se deixar o exame acerca de qualquer questão de mérito, atipicidade incluída, para a decisão de improcedência, com o que se alinharia a citada Lei nº 8.038/90 às mudanças procedimentais trazidas pela Lei nº 11.719/08, sobretudo na parte em que se prevê a absolvição sumária para o reconhecimento imediato da atipicidade, de causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade, bem como de causas extintivas da punibilidade (art. 397, CPP).

De ver-se que o nosso Código de Processo Penal não se refere mais à improcedência da ação. Quando o fazia, limitava-a ao procedimento do Tribunal do Júri, por ocasião da decisão de impronúncia, conforme o disposto na antiga e revogada redação do art. 409, CPP.

Já aqui, na Lei nº 8.038/90, em que a improcedência da acusação deve ser feita antes da realização da fase instrutória, à maneira da absolvição sumária do art. 397 do processo comum na primeira instância, pensamos que se deverá observar, por analogia, o conteúdo da matéria versada no aludido art. 397, CPP para fins de distinção entre a improcedência e a absolvição final.

Na verdade, embora a Lei nº 11.719/08 faça remissão apenas aos procedimentos de primeira instância (art. 394, § 4º, CPP), nada impede que os Tribunais se apropriem, *por analogia*, de alguma das modalidades de decisões ali contidas (absolvição sumária, interrogatório etc.), perfeitamente adequadas ao modelo procedimental aplicado em segunda instância. Note-se que, a rigor, não se trataria de analogia, já que não existiria lacuna na Lei nº 8.038/90 sobre a matéria. Tecnicamente, o mais adequado é falar-se em *ab-rogação* (revogação parcial).

A continuar como está, impende observar que, se a decisão de improcedência se fundar em ausência de provas, por exemplo, e não em atipicidade ou qualquer causa extintiva da punibilidade, não vemos como se possa sustentar o trancamento em definitivo da questão, como se a hipótese fosse de coisa julgada material. Quando a acusação se propuser a demonstrar a autoria do fato por meio de prova testemunhal, a decisão do tribunal que julgar improcedente a acusação não poderá ser admitida, ou, quando o for, não

poderá ter, por consequência, a eficácia preclusiva de coisa julgada material, porquanto não se cuidará de sentença absolutória, nem por analogia.

Mas, qualquer que seja a decisão – exceto a de recebimento da peça acusatória, contra a qual se poderá manejar apenas o *habeas corpus* –, o único recurso cabível, em tese, seria o recurso especial e/ou o recurso extraordinário. É que, tratando-se de ação penal de competência originária, não existe duplo grau de jurisdição. O controle dos atos judiciais ali realizados não poderá, pois, ser realizado na via ordinária. Daí, somente possível, e quando cabível, o manejo dos recursos extraordinários, isto é, o recurso especial e o recurso extraordinário.

Ouidas todas as testemunhas, será facultado às partes o requerimento de diligências finais, no prazo de cinco dias.

Feito isso, as partes poderão oferecer, no prazo de 15 dias, as suas alegações finais escritas, após o que, não determinada, de ofício, a realização de quaisquer diligências, designar-se-á dia para o julgamento do processo (art. 11).

Na data marcada, após a manifestação oral das partes, pelo prazo de uma hora, proceder-se-á ao julgamento (art. 12).

#### 14.7.2 Crimes contra a honra

Embora ainda constantes do Código de Processo Penal como procedimento especial, os crimes contra a honra, incluindo o de difamação, submetem-se ao rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais, constituindo infrações de menor potencial ofensivo.

Fica aqui unicamente o registro do procedimento, em atenção ao fato de não ter sido feita a modificação legislativa expressa de tais crimes para aqueles do rito sumaríssimo.

No caso de acertada a reconciliação, o querelante deverá assinar um termo de desistência da queixa, cuja consequência será a absolvição por extinção da punibilidade (art. 397, IV, CPP, por analogia). Igualmente, será isento de pena o querelado que, antes da sentença, retrair-se cabalmente da calúnia ou da difamação (art. 183, CP).

Na hipótese de o querelado pretender provar a veracidade da afirmação tida como desonrosa, deverá fazê-lo por meio do que o Código de Processo Penal chama de *exceção da verdade*.

São cabíveis, ainda, no processo penal eleitoral, os embargos declaratórios, no prazo previsto no art. 258 do CE (três dias).

A nosso aviso, como o prazo para recurso contra a decisão condenatória ou absolutória (decisão definitiva, de mérito) é integral, pensamos não ser possível a aplicação do art. 600, § 4º, do CPP, tendo em vista que o recorrente deve apresentar, com o recurso, as razões pelas quais espera a reforma do julgado.

Uma última observação: as medidas cautelares pessoais introduzidas em nosso Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11 são também cabíveis ao processo penal eleitoral, nos limites e na extensão em que aplicáveis ao processo geral.

No entanto, e nos termos do art. 357 do CE, é vedada a prisão preventiva (e temporária, acrescentaríamos nós) de qualquer cidadão, no período de cinco dias antes e até 48 horas depois das eleições. Referido prazo, tratando-se de candidatos, mesários de mesas receptoras e fiscais dos partidos, é ampliado para 15 dias.

#### 14.7.6 Crimes falimentares

A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que instituiu a Lei de Falências, com vigência a partir do dia 9 de junho de 2005 (art. 201), trouxe novo rito processual para os chamados crimes falimentares, previstos nos arts. 168 a 178 da citada legislação. A lei cuida dos procedimentos de falência e de recuperação judicial e extrajudicial das empresas, a par de regular também matéria criminal.

Há ali novos tipos penais, não previstos no revogado Decreto-lei nº 7.661/45, que cuidava da antiga Lei de Falências. Veja-se, por exemplo, o disposto nos §§ 2º e 3º, ambos do art. 168 (fraude a credores), relativamente à causa de aumento de pena para a hipótese de contabilidade paralela e à extensão da punição aos contadores, auditores e outros profissionais que, de qualquer modo, tenham concorrido para a infração. Também outros delitos, embora alguns com correspondência na legislação penal comum, mereceram tipificação específica na aludida lei (arts. 169, 170, 174 e 176).

Deve-se registrar que todas as modalidades criminosas previstas na nova Lei nº 11.101/05 são dolosas, sendo a maioria absoluta punida com reclusão, à exceção apenas do delito de omissão dos documentos contábeis obrigatórios (art. 178), se o fato não constituir crime mais grave, para o qual é prevista

a pena de detenção e multa, valendo, portanto, a regra da subsidiariedade (ressalva quanto à existência de crime mais grave).

Embora assim seja, o rito escolhido pelo legislador foi o sumário, ou seja, aquele cabível para crimes apenados com pena máxima privativa da liberdade inferior a quatro anos (art. 394, II, CPP). Confira-se, sobre o citado rito, o item 14.2.2.

A atual legislação, no ponto, além de resolver de modo definitivo quaisquer dúvidas ainda pendentes sobre eventuais incompatibilidades entre o rito especial do Código de Processo Penal (art. 503 ao art. 512) e as disposições processuais penais do antigo Decreto-lei nº 7.661/45 (a anterior Lei de Falências), todos revogados expressamente, alinha-se aos pilares do modelo acusatório brasileiro.

Trata-se da extinção, por revogação, do antigo inquérito judicial falimentar, que permitia, embora sob contraditório, a condução de investigações - antes, portanto, da fase judicial, isto é, da ação penal - pelo Juiz da Falência. Assim havendo necessidade, será requisitada pelo Ministério Público a instauração de inquérito policial para a investigação dos crimes falimentares. No particular, merece registro e aplausos o disposto no art. 187, § 2º, da citada Lei, a dispor que, quando o Juiz da Falência tiver notícia do possível cometimento de crimes falimentares, deverá ele se reportar ao Ministério Público. É dizer: deve o Ministério Público, e não o juiz, requisitar inquérito policial.

Pois bem.

Com a atual legislação, o procedimento passa a ser o seguinte.

Em primeiro lugar, a ação penal, qualquer que seja o delito falimentar, é sempre pública incondicionada, sendo competente para dela conhecer (processo e julgamento) apenas o Juiz Criminal do local (competência territorial) no qual houver sido decretada a falência, ou concedida a recuperação judicial, ou, ainda, homologado o plano de recuperação extrajudicial. Relembre-se: a Justiça Federal não conhece de causas falimentares (art. 109, I, CF).

Nos termos do art. 180, a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou homologa a recuperação extrajudicial é condição objetiva de punibilidade dos crimes falimentares. É dizer: a realização do tipo penal, por si só, não é suficiente para a punição. Impõe-se que o Judiciário carregue a chancela da ilicitude ao comportamento descrito na lei, com a citada sentença, para que se possa punir os responsáveis.

Obviamente, e como toda condição objetiva de punibilidade, a ação penal não pode ser instaurada até a aludida decisão judicial, mesmo porque, estando condicionada a punição do delito ao cumprimento de determinados requisitos, não se pode pensar no ajuizamento de ação para fato ainda não punível. Não se trata, a rigor, de condição de procedibilidade, embora ambas as questões - condição de punibilidade e condição de procedibilidade - determinem a mesma consequência, no que respeita ao ajuizamento da ação. A possível distinção entre uma e outra ocorreria no âmbito da prescrição, que diz respeito, prioritariamente, à matéria de Direito Penal, e não Processual.

Nos crimes falimentares, nos termos do art. 182 da Lei, a prescrição somente começa a correr do dia da decisão judicial, ou seja, com a realização da condição de punibilidade.

De outro lado, não se pode sustentar a presença de condição de procedibilidade da ação penal, relativamente à suposta necessidade de a denúncia ou a queixa (nas ações privadas subsidiárias da pública) virem acompanhadas do relatório do síndico, atual Administrador Judicial (art. 21, Lei nº 11.101/05), consoante se encontrava previsto no antigo art. 505 do CPP, já revogado, e art. 103 do antigo Decreto-lei nº 7.661/45, igualmente revogado.

Diz o art. 187 da Lei de Falências (Lei nº 11.101/05) que

"intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial".

A seguir, no § 1º, fica esclarecido que o Ministério Público poderá, ou não, aguardar a apresentação do Relatório do Administrador Judicial (antigo síndico), quando estiver solto o acusado. É dizer: na hipótese de prisão provisória e cautelar na fase pré-processual, o Ministério Público deverá ingressar com a ação, sem o Relatório (art. 186), e desde que convencido, evidentemente, da suficiência do material indiciário.

No caso de o Ministério Público não propor a ação penal nos prazos legais (cinco dias, quando preso o acusado, e 15 dias, quando solto), será cabível a ação privada subsidiária da pública, tendo por legitimado qualquer credor habilitado ou o Administrador Judicial, desde que observado o prazo decadencial de seis meses. Evidentemente, manifestando-se o Ministério Público, no prazo legal, pelo arquivamento do inquérito ou peças de informação

(Relatório do Administrador Judicial), não se abre oportunidade à ação subsidiária da pública.

E como o art. 188 dispõe, expressamente, sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, parece-nos perfeitamente cabível a assistência (arts. 268 e seguintes, CPP), tendo por legitimados os credores atingidos diretamente pelas condutas delituosas sob persecução penal.

Enfim, o escolhido foi o rito sumário do CPP (arts. 531 e seguintes), conforme definido no art. 185, Lei nº 11.101/05.

Assim, e essa é uma regra que deverá ser observada em todo procedimento da primeira instância, seja comum ou especial, por exigência da norma contida no art. 394, § 4º, CPP, deverão ser cumpridas as etapas dos arts. 395 a 397 do CPP, ou seja:

- a) a peça acusatória poderá ser rejeitada por questões processuais alinhadas no art. 395;
- b) se não o for, a denúncia ou queixa será recebida, determinando-se a citação do acusado para a apresentação de resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias (art. 396 e art. 396-A);
- c) com a resposta, o juiz poderá absolver sumariamente o acusado, nas hipóteses mencionadas no art. 397, CPP;
- d) não sendo o caso de absolvição sumária, realizar-se-á a audiência de instrução e julgamento, na qual, concentradamente, serão ouvidas as testemunhas, o ofendido (se for o caso), produzidas as demais provas, oferecidas as alegações finais e proferida a sentença. Eventualmente, se assim entender necessário o juiz, serão realizadas diligências finais, determinadas de ofício para um dos cinco dias subsequentes à audiência, proferindo-se, em seguida, no prazo de cinco dias, a sentença.

Uma última questão.

Diz o art. 192 da Lei nº 11.101/05 que *“esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945”*.

Poder-se-ia, então, argumentar que o novo rito processual da citada Lei somente se aplicaria aos crimes praticados anteriormente à sua vigência. Ao que se poderia também objetar que somente a matéria penal mais gravosa

é que estaria submetida ao princípio da reserva legal, o mesmo não ocorrendo com aquelas de conteúdo meramente procedimental.

E mais: parece-nos perfeitamente sustentável a tese segundo a qual o citado art. 192 regularia unicamente os processos de falência, e não os processos criminais relativos a crimes falimentares.

A nosso aviso, a solução mais adequada é a impossibilidade de aplicação do novo rito aos crimes praticados anteriormente à Lei nº 11.101/05.

No entanto, não por força do citado art. 192, mas pela simples razão de que a legislação anterior (art. 512, CPP) determinava a aplicação do antigo e já também modificado rito comum (art. 394 ao art. 405; art. 498 ao art. 502, todos do CPP) para os aludidos crimes. E esse rito, o comum, inegavelmente, era e é mais favorável aos acusados, na medida em que maior o seu espectro probatório e mais amplo o espaço para o exercício do direito de defesa. As atuais regras processuais, portanto, são mais gravosas. Somente por isso pensamos inaplicáveis as tais disposições processuais aos fatos que lhe são anteriores.

#### 14.7.7 Colegiados de primeiro grau e organizações criminosas na Lei nº 12.694/12

Embora não se possa ou se deva falar de um novo rito procedimental, fato é que a Lei nº 12.694/12, em vigência desde o dia 23 de outubro de 2012, vem introduzir profunda modificação na jurisdição brasileira, ao instituir o *Colegiado de primeiro grau*, para atos do processo e eventual julgamento de crimes que possam ser classificados como de autoria de organizações criminosas.

Esclareça-se, por primeiro, que não se trata de um novo *tipo penal*. Não é. O que o art. 2º da citada lei fez foi identificar certa modalidade de *autoria de delitos*, instituindo, por isso mesmo, regras processuais mais rígidas ou, por assim dizer, mais cautelosas no processamento de tais ações penais. Que não se alegue, portanto, que o aludido dispositivo legal seria inválido por violação ao princípio da *legalidade estrita* em matéria penal. Ali não se criou nenhum tipo, mas estabeleceu-se uma nova modalidade de jurisdição colegiada em primeiro grau, sempre que se estiver diante de *“associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional”* (art. 2º).

E note-se também que a formação do Colegiado somente será possível na fase de processo e de execução penal, vedada a sua instituição na fase preliminar, de investigação, segundo se vê do quanto disposto no art. 1º, *caput*, que faz referência expressa ao processo e procedimento, indicando a formação do colegiado para a prática de qualquer ato processual e não de investigação.

Talvez tenha sido outro o desejo do legislador, já que a remissão feita ao ato de concessão de liberdade provisória (art. 1º, II) poderia demonstrar a intenção de abranger todos os atos tipicamente judiciais, independentemente da fase (investigação ou processo) em que praticados. É que a imposição (e não a concessão!) de liberdade provisória, isto é, a aplicação de alguma cautelar diversa da prisão ou mesmo a restituição pura e simples da liberdade após a prisão em flagrante, se realiza muito antes do oferecimento da peça acusatória e, por isso, antes da fase de processo.

Todavia, o art. 1º, § 2º, da citada lei, estabelece que o colegiado será formado pelo juiz do processo e por mais dois magistrados com competência criminal no primeiro grau, sorteados aleatória e eletronicamente. É dizer, mais uma vez a referência foi ao processo e não à investigação. E a interpretação nesse sentido, ou seja, da limitação do colegiado aos atos do processo, encontra conforto na excepcionalidade intrínseca da medida. Assim, somente após já formado o juízo de convencimento do Ministério Público é que se legitimaria a instauração de semelhante modalidade de jurisdição de primeiro grau.

Pois bem, embora a lei arrole algumas espécies de atos processuais (art. 1º, I a VII) e de execução penal, ela mesmo esclarece que o colegiado poderá ser instaurado para a prática de qualquer ato processual.

E, uma vez instaurado no âmbito de determinado e certo processo, a jurisdição do colegiado se limitará ao ato ou atos para o(s) qual(is) foi convocado (art. 1º, § 3º). Evidentemente, não se poderá pensar na instauração de mais de um colegiado no curso do mesmo processo. É dizer, uma vez formado o colegiado e praticado o ato para o qual ele tenha sido convocado, exaure-se a respectiva jurisdição, retornando o comando do processo ao juiz originariamente competente. Fatos supervenientes não poderão justificar a formação de outro colegiado, sob pena de se instaurar verdadeiro juízo de exceção, com a convocação arbitrária de vários e diferentes membros do judiciário para um mesmo processo.

Em princípio, e desde que respeitadas as regras estabelecidas na Lei nº 12.694/12, a jurisdição colegiada ali instituída nada tem de inconstitucional.

relativamente a suposta violação do juiz natural, na perspectiva da vedação do juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, CF).

Com efeito, trata-se de instância judiciária (o Colegiado) devidamente prevista em lei, com competência instituída antes da prática do delito, o que, por si só, já afastaria a exceção do tribunal, conforme consta da citada cláusula constitucional. E, mais. O juiz do processo, isto é, o juiz *legal* (competência territorial) e *constitucional* (em razão da matéria), não será afastado do processo. Juiz ou Tribunal de exceção é aquele instituído para o julgamento de um ou mais fatos, cuja instalação não só se opera após o fato como também não se submete a quaisquer critérios legais previamente existentes. No tribunal de exceção, a exceção é da própria jurisdição; no Colegiado de primeiro grau, o que é excepcional é a circunstância de risco que lhe fundamenta a instauração.

De se ver, no ponto, que o fundamento para a convocação do Colegiado liga-se intimamente à definição de organização criminosa, tal como já vimos ao início dessas observações. Mas não se instalará a jurisdição colegiada unicamente em razão de ameaça ou de risco à integridade física do juiz do processo. Será preciso, mais, que se trate de ação penal na qual se impute a prática de crimes cuja autoria aponte para a existência da organização criminosa definida no art. 2º, o que, quase sempre, implicará a acusação pelo delito de formação de quadrilha (se presente a prescrição, ele não será incluído na denúncia!). E, mais ainda: que se trate de organização voltada para a prática de delitos cuja pena seja igual ou superior a quatro anos, nos precisos termos do art. 2º. Ou seja, não será cabível o Colegiado quando a imputação se limitar ao crime de formação de quadrilha ou bando, ou se restringir à prática de contravenções penais, caso específico do conhecido jogo do bicho.

Portanto, exige-se para a formação do Colegiado a existência de circunstâncias concretas que sejam indicativas do efetivo risco à integridade do magistrado, a serem devidamente fundamentadas pelo juiz do processo.

Aliás, parece-nos inadequada a forma e insuficiente a redação contida no art. 1º, § 1º, no ponto em que afirma que a instauração do Colegiado seria feita pelo juiz. Ora, estando ele no mesmo grau de jurisdição que os magistrados a serem convocados, não nos parece correta a interpretação literal do dispositivo, que atribui a formação do Colegiado à manifestação – fundamentada, é certo! – unilateral do juiz do processo. Pensamos que a melhor solução será a de deferir ao Tribunal (de segundo grau) a que se ache vinculado o magistrado a decisão definitiva acerca da instauração da jurisdição colegiada. Referida

leitura encontraria abrigo seguro, segundo nos parece, naquilo que se contém no art. 1º, § 7º, da Lei nº 12.694/12, atinente à competência do citado Tribunal para a expedição de normas regulamentando a composição do colegiado e os procedimentos a serem adotados para o seu funcionamento.

De outro lado, a exigência de comunicação da formação do Colegiado ao órgão da Corregedoria da instituição (art. 1º, § 1º, *in fine*) não resolveria a questão. É que a matéria não tem fundo disciplinar, ainda que, em cada caso concreto, se possa encontrar algo do gênero. Trata-se, porém, da definição da jurisdição competente para o processo ou para determinados e específicos atos processuais, daí por que melhor seria uma leitura compreensiva – e não literal! – da matéria, na perspectiva também da hierarquia jurisdicional do Tribunal.

Desnecessário acrescentar, já sob outra perspectiva, que a citada legislação não violaria o princípio da identidade física do juiz, atualmente acolhido no art. 399, § 2º, do CPP.

Em primeiro lugar, porque a matéria não tem fundo constitucional. Aliás, até o ano de 2008, época em que se editou a Lei nº 11.719/08, não se exigia na ordem processual penal brasileira que o juiz sentenciante fosse aquele que presidira a instrução. Razões pouquíssimo nobres são responsáveis pelo atraso na mudança ocorrida àquele tempo. Como quer que seja, o tema é de conformação legislativa, nada havendo na Constituição que determine o respeito ao aludido princípio.

Ao depois, há que se ressaltar que existem exceções legais à regra do art. 399, § 2º, CPP. Com efeito, no caso de promoção, de licença ou de qualquer outro afastamento legal e regulamentar do magistrado, nada impedirá que seu substituto profira sentença no processo, sem a obrigação de repetir a prova até então colhida.

Assim, como a instauração do Colegiado vem instrumentalizada em Lei Federal – e não em norma de organização judiciária! – não há como se pretender a sua invalidade sob a perspectiva da identidade física.

De outra sorte, há na lei algumas questões merecedoras de maiores cautelas, tendo em vista o risco de tangenciarem modelos típicos de processos sigilosos e de tramitação obscura.

Foi previsto, por exemplo, a possibilidade de formação do colegiado com juízes domiciliados em cidades diversa do foro do processo, hipótese em que os encontros ou reuniões entre eles poderia ser feito por meio eletrônico

(art. 1º, § 5º). Nada a objetar, desde que as decisões e despachos que tenham sido assim definidos constem em Ata de Reuniões, como qualquer assentamento necessário à publicidade e transparência dos atos do poder público.

Quando for excepcionalmente necessária a manutenção de sigilo sobre as reuniões do Colegiado, o que somente seria admitido na hipótese de acirramento incontrolável da situação de ameaça e de risco à integridade pessoal dos magistrados, pensamos que, ainda assim, deverá ser motivado o afastamento da regra de publicidade dos atos processuais, devidamente constante de ata.

Outra questão: a Lei nº 12.694/12 acaso teria modificado o regime de prisão preventiva do CPP quando se tratar de imputação de autoria nos moldes da organização criminosa referida no art. 2º? É dizer, seria cabível a decretação de prisão preventiva *autônoma*, ou seja, independente da imposição de anterior cautelar, mesmo para crimes com pena *igual* a quatro anos? Relembrando: o art. 313, I, CPP, se refere ao teto de pena *superior* a quatro anos.

Para nós, trata-se de um falso problema.

É que, como vimos no espaço próprio, Capítulo 11, o teto de pena superior a quatro anos poderá ser obtido pela somatória das sanções cominadas nos tipos em caso de concurso de crimes. Assim, como a regra geral na aplicação da Lei nº 12.694/12 incluirá também a acusação de formação de quadrilha (art. 288, CP), será sempre cabível, ou, na maioria esmagadora dos casos, a decretação da preventiva, se presentes, é claro, os requisitos legais de seu deferimento (arts. 312 e 313, CPP).

Com efeito, sequer conseguimos imaginar a hipótese em que seja possível a acusação da prática de um único crime com pena *igual* ou abaixo de quatro anos, realizado por meio da estrutura hierarquicamente organizada a que se refere o art. 2º da citada legislação, sem que se façam também presentes, ou o tipo penal da quadrilha ou bando (art. 288, CP), que tem natureza *permanente*, ou, quando nada, a *ameaça* (art. 147, CP), que teria justificado o receio de risco à integridade física do juiz do processo e a instalação do colegiado.

A exceção ficaria por conta de alguma contravenção penal que seja cotidianamente praticada por meio de atuação organizada de seus agentes, e cuja pena final, mesmo somada àquela do delito de formação de quadrilha, não chegaria ao teto do art. 313, I, CPP. Seria o caso de contravenções com pena máxima inferior a um ano.

No entanto, e como também já assentamos, a possibilidade de aplicação da prisão temporária ao citado delito de formação de quadrilha ou bando, tal como previsto na Lei nº 7.960/89, art. 1º, III, I, cuja validade foi expressamente ressalvada no art. 283, *caput*, do CPP, já seria suficiente para referendar a decretação de preventiva ao final dela, nos termos do quanto disposto no art. 2º, § 7º, da aludida lei (7.960/89).

E se chega, então, às normas atinentes às decisões do Colegiado.

E se conclui, inevitavelmente, pela inconstitucionalidade daquela que prevê a supressão da "referência a voto divergente de qualquer membro" (art. 1º, § 6º).

A Carta de 1988 exige que toda decisão judicial seja fundamentada, nos termos do disposto no art. 93, IX. Naturalmente, deve-se dizer: nem poderia ser diferente.

E o que a aludida norma legal fez foi exatamente desrespeitar a Constituição, no ponto em que a supressão da divergência será sempre a supressão dos fundamentos da decisão. Em outras palavras: não se admite fundamentação parcial das decisões. O voto divergente integra a decisão colegiada. O acórdão é modalidade de decisão judicial caracterizado pela pluralidade dos membros julgadores. Obviamente, o voto vencido não deixa de ser decisão judicial, válida e existente! Suprimir a divergência, portanto, é retirar a fundamentação do julgado, na parte em que, dialeticamente, se questionou o acerto da decisão da maioria.

Três votos podem até se tornar um, quando de acordo todos os votantes. Mas três consciências e inteligências não se transformam jamais em uma única. Um por todos e todos por um fica bem na literatura de Dumas (o Alexandre e seus mosqueteiros), mas não é realizável no plano da existência personíssima. O que se pode aceitar, na medida em que justificada até mesmo pela instauração do Colegiado, é a não referência ao nome do juiz divergente, por razões de ampliação da proteção. Jamais, porém, o conteúdo de seu voto, esteja ele em que direção estiver.

Ainda. A citada legislação não prevê recurso contra a instalação do Colegiado. E não nos pareceria pertinente qualquer previsão nesse sentido, desde que se reconheça no Tribunal a que estiverem vinculados os juízes a competência para decidir e definir a formação do juízo colegiado. A se entender que caberá unilateral e exclusivamente ao juiz em risco a instalação, aí se deverá também reconhecer a possibilidade de revisão pelo Tribunal, quando não demonstradas as razões e os fundamentos no ato de formação. E a alternativa

seria pela via do mandado de segurança, ou pelo *habeas corpus*, na hipótese de risco efetivo à liberdade de locomoção.

Quanto às demais decisões tomadas pelo Colegiado, os recursos serão aqueles previstos no CPP e na Lei de Execução Penal para o respectivo ato processual (recurso em sentido estrito, apelação, embargos etc.). E, sim: não serão cabíveis os embargos infringentes e/ou de nulidade do art. 609, parágrafo único, CPP Razões simples: o Colegiado não é Tribunal, aproximando-se mais dos Juizados, cujas decisões se submetem ao controle de outra instância da jurisdição (Turmas Recursais). A revisão das decisões do Colegiado somente poderá ser feita, portanto, pelo respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, nos casos de competência federal. Em princípio, apesar de diversidade em sua configuração, nada impediria também a formação de Colegiados no âmbito da Justiça Eleitoral de primeiro grau (Juízes Eleitorais), se presentes os requisitos legais.

Em arremate, a Lei nº 12.694/12 estabelece também diversas medidas de proteção e/ou de segurança para pessoas e para os prédios da Justiça, sobretudo a criminal, que vão desde a instalação de detectores de metais (art. 3º) à proteção pessoal das autoridades judiciárias ou membros do Ministério Público e respectivos familiares (art. 9º, além de outras, destinadas a flexibilizar o uso de armas de fogo por servidores e membros de tais instituições (art. 8º) e de transporte (art. 115, Lei nº 9.503/97 – CTB, com redação dada pelo art. 6º da Lei nº 12.694/12).

Uma penúltima palavra: a citada legislação veio a introduzir importantes alterações no Capítulo atinente às medidas assecuratórias, ao prever a possibilidade de alienação antecipada de bens objeto de arresto, de hipoteca e, pensamos nós, também de sequestro. A alteração se encontra na criação do art. 144-A do CPP Remetemos o leitor àquele espaço (Capítulo 8, item 8.5.5).

E, a última: naturalmente, a referida legislação não altera as disposições da Lei nº 9.034/95, que prevê diversas medidas de combate às ações realizadas por organizações criminosas. Talvez se possa dizer que o conceito trazido no citado art. 2º da Lei nº 12.694/12 fortalece e consolida a estrutura da organização criminosa apontada no art. 1º da Lei nº 9.034/95 (... ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo).

Quanto às demais disposições, permanecem inalteradas as normas processuais penais da legislação anterior (Lei nº 9.034/95), incluindo aquelas atinentes à delação premiada, que foi também objeto de nossas considerações

por ocasião do exame das normas de proteção às testemunhas (ver item 9.2.3.7).

#### **14.7.8 Crimes de lavagem de dinheiro e ativos (Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12)**

A Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, com vigência imediata a partir do dia seguinte (da publicação), promove relevantes alterações na Lei nº 9.613/98, a começar por aquelas de natureza penal.

Com efeito, enquanto a legislação anterior se referia ao *crime antecedente*, a Lei nº 12.683/12 modifica o art. 1º, para esclarecer que o delito de lavagem de dinheiro (ocultação, dissimulação etc.) se configurará em relação à destinação dos proveitos obtidos em qualquer *infração penal antecedente*, seja ela crime, seja contravenção. Mudança radical, como se vê.

Naturalmente, a lei não torna *crime* o que era e continua a ser *contravenção*. O que se altera é o fato de que, a partir da vigência da Lei nº 12.683/12, as contravenções penais poderão ser consideradas como o *antecedente* para a tipificação do crime de lavagem.

E se isso faz sentido em relação, por exemplo, ao *jogo do bicho*, que movimenta grande volume de dinheiro, produzindo também grandes fortunas e, infelizmente, inúmeros delitos, praticados para a *manutenção do sistema*, já para outras contravenções, sem a dimensão econômica das apostas, a capitulação da lavagem soará como excesso incontrolável. De se lembrar que a pena do crime de lavagem é de 3 (três) a 10 (dez) anos, enquanto as contravenções, como regra, têm sanção máxima em torno de 1 (um) ano, chegando, em pouquíssimas hipóteses, a 2 (dois). O regime penitenciário ali (Lavagem) é de reclusão; aqui (Contravenções), de prisão simples.

A punição da ocultação, da dissimulação e das demais condutas que caracterizam o crime de lavagem somente se legitima quando o dinheiro e os valores obtidos na ilicitude penal são introduzidos (dissimulada ou clandestinamente) na atividade produtiva lícita. Assim, o desvalor da ação (de lavagem) não pode ser considerado como extensão da infração penal *antecedente*, mas como gerador, de per si, de novos danos às atividades de produção, em prejuízo evidente àqueles que operam exclusivamente no campo da licitude. Censurável também porque a introdução do proveito da infração penal na atividade econômica e financeira pode  *mascarar* a prática de inúmeros delitos de outra natureza, mas igualmente danosos.