

Coleção Estudos de Processo Penal
Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida

Coordenação

ROGERIO LAURIA TUCCI
Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (*in memoriam*)

7. *Inatividade no processo penal brasileiro*. Roberto Delmanto Junior. São Paulo: RT, 2004.

Obras publicadas nesta Coleção

1. *Revisão criminal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Sérgio de Oliveira Médici. São Paulo: RT, 2000.
2. *Da busca e da apreensão no processo penal*. Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo. São Paulo: RT, 1999.
3. *Correlação entre acusação e sentença*. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. São Paulo: RT, 2000.
4. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: RT, 2000.
5. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: RT, 2001.
6. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. Paula Bajier Fernandes Martins da Costa. São Paulo: RT, 2001.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Delmanto Junior, Roberto
Inatividade no processo penal brasileiro / Roberto Delmanto Junior. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. – (Coleção estudos de processo penal. Joaquim Canuto Mendes de Almeida ; v. 7 / coordenação Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo)

Bibliografia.
ISBN 85-203-2490-8

1. Inatividade (Direito processual) 2. Processo penal – Brasil I. Tucci, Rogério Lauria.
II. Pitombo, Sérgio Marcos de Moraes. III. Título. IV. Série.

03-5799

CDU-343.12(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Inatividade : Processo penal : Direito penal 343.12(81)
2. Brasil : Processo penal : Inatividade : Direito penal 343.12(81)

Coleção Estudos de Processo Penal
Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida – v. 7

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

INATIVIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS



12

INATIVIDADE E PRECLUSÃO

SUMÁRIO: 12.1 Preclusão e prova – 12.2 Preclusão e nulidade – 12.3 Preclusão e recurso.

A preclusão, como ensina Stefano Riccio,¹ é um verdadeiro e próprio instituto, cuja definição emerge de um complexo de normas processuais.

Sempre atrelada ao exercício ou não de direito concernente a um ônus da parte, a preclusão gera efeitos exclusivamente *no âmbito do direito processual*, cujo ápice é a *coisa julgada*, que pode ser definida como preclusão absoluta.²

Este fato, além de outros aspectos, a diferencia dos correlatos institutos da decadência, da preempção e da renúncia tácita, que têm efeitos materiais, e também da prescrição, que com eles igualmente não se confunde, os quais serão objeto do próximo capítulo.

Como exposto nos Capítulos 1 e 5, determinadas situações de inatividade das partes em sentido processual (ministério público, assistente, querelante, acusado e querelado) são resultado do simples não-exercício de uma faculdade ou de um ônus processual e não da violação de eventual dever de agir.

Naquelas oportunidades, observamos que a doutrina de Goldschmidt abalou consideravelmente a tradicional abordagem do processo penal como “relação jurídica processual”, cuja expressão é, em si, contraditória, uma vez que toda e qualquer relação jurídica só pode ser de direito material, jamais processual.

¹⁾ *La preclusione processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 9.

²⁾ Referimo-nos à coisa julgada material; quanto à sua diferenciação da coisa julgada formal, questionada por parcela da doutrina, vide Capítulo 14.

Com efeito, sem prejuízo do entendimento que adotamos, de que as partes em sentido processual não têm deveres que correspondam a direitos da parte contrária, mas sim *ônus*, constata-se que em relação aos *de-mais sujeitos* que assumem papéis na ação judiciária, ostentem eles a condição de funcionário público (juizes, promotores, peritos criminais, médicos legistas etc.) ou não (como advogados constituídos e testemunhas), existem *direitos e deveres* entre eles e o Estado, previstos tanto na Constituição da República quanto em diplomas ordinários que regem a relação funcional do servidor e que regulamentam atividades profissionais mediante respectivos órgãos de classe, como a Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho Federal de Medicina.

Em meio à vasta e complexa gama que envolve a atividade de todos aqueles que de uma forma ou de outra participam da ação judiciária penal, coube ao gênio alemão supracitado, consoante observa Giuseppe Guameri, a demonstração de que os conceitos de direito e dever (*potestà-soggezione*), atrelados à idéia de relação jurídica, não bastam para explicar a vasta e múltipla realidade processual.

Afirmando — no que toca às partes, evidentemente — que elas se encontram, na verdade, submetidas a uma *situação jurídica* que pode ser definida como “la somma delle aspettative processuali, delle possibilità, degli oneri e delle liberazioni da oneri di una parte”, lembra o professor italiano: “(...) l’onere processuale è imposto alla parte unicamente nel proprio interesse e non è mai un diritto dell’avversario (...) in quanto i vantaggi che essa può conseguire nel processo sono condizionati appunto dall’assunzione degli oneri corrispondenti”⁴

O conceito de direito-ônus implica a aceitação de que as partes têm *liberdade* para adotar, nos termos da legislação e da melhor forma que julgarem, condutas comissivas ou omissivas, sempre com vistas a aumentar, sob sua ótica, as chances da obtenção de uma sentença favorável.

³⁾ Preclusione (diritto processuale penale). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1968, p. 573, assim traduzido livremente: “a soma das expectativas processuais, das possibilidades, dos ônus e dos encargos de ônus de uma parte”.

⁴⁾ Ob. cit. com a seguinte tradução, nos mesmos moldes: “(...) o ônus processual é imposto à parte unicamente no seu próprio interesse e nunca um direito do adversário (...) enquanto as vantagens que essa pode conseguir no processo estão condicionadas precisamente à assunção dos ônus correspondentes”.

De outra banda, a partir do momento em que se fala em liberdade, é inafastável a constatação de que *as partes são responsáveis* pelas suas condutas, devendo assim suportar as naturais conseqüências que delas decorrem.

Dessa conjugação, surge o fenômeno da *preclusão*, cujo estudo foi aprofundado, inicialmente, por Paolo D'Onofrio e Giuseppe Chiovenda,⁵ sendo assim definido pelo primeiro: "(...) *la condizione di una determinata attività, che non può svolgersi per un ostacolo giuridico che si oppone al suo libero esplicamento*. La preclusione è quindi un concetto puramente negativo: essa non crea nulla; impedisce soltanto che ad una determinata situazione giuridica si tenti comunque di sostituire un'altra" (grifos do autor).⁶

Consoante a lição de Chiovenda, referendada por Stefano Riccio,⁷ os efeitos do instituto da preclusão, que lexicamente significa "impedimento, obstáculo, esclusione",⁸ consistem na perda, *extinção ou consumação* de uma faculdade processual.

Com escólio, ainda, em Chiovenda, conclui Riccio que a preclusão pressupõe os seguintes fatores: "1) Libertà o facultà di compiere una determinata attività processuale. *Dove esiste un potere-dovere non può sorgere la preclusione*. 2) Limitazione dell'esercizio della facultà, in ordine al momento processuale od al logico svolgersi del processo; sempre quando nessuna limitazione è posta, vale in modo assoluto il principio della elasticità. 3) Inefficacia della attività processuale eseguita. 4) Diritto o facultà delle parti processuali, aventi interesse, ad ottenere la dichiara-

⁵⁾ Cf. Giuseppe Guarneri, *Preclusione...*, cit., p. 570-501.

⁶⁾ Sul conceito de preclusione, *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova: Cedam, 1927, p. 428-429, com a seguinte livre tradução: "(...) a condição de uma determinada atividade, que não pode desenvolver-se em face de um obstáculo jurídico que se opõe ao seu livre exercício. A preclusão é portanto um conceito puramente negativo: ela não cria nada; impede somente que diante de uma determinada situação jurídica se tente de qualquer forma substituí-la por outra". No mesmo sentido, cf., também, Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 2. ed., Torino: UTET, 1942, vol. 1, p. 219.

⁷⁾ Ob. cit., p. 10.

⁸⁾ *Enciclopedia Zanichelli*. Bologna: Zanichelli, 1996, p. 1.442. Em vernáculo: "impedimento, obstáculo, exclusão".

zione di inefficacia di tali attività; ed in alcuni casi potere-dovere del giudice di dichiarare d'ufficio la inefficacia".⁹

A preclusão pode ser entendida, portanto, como um instituto processual que tem a função de impor *regramentos e conseqüente limitação à liberdade das partes* no que tange ao adimplemento de ônus, a fim de evitar que a ordem prevista pelo legislador para o desenrolar do processo seja desprezada, gerando desperdício de tempo e energia, desaguando em indesejada lentidão e conseqüente incerteza jurídica.

É dizer, respeitada a liberdade de as partes atuarem ou restarem inativas, uma vez que decidam agir, devem fazê-lo com observância da ordem processual estabelecida pelo legislador, e de forma tempestiva, para que a sua conduta produza os efeitos processuais visados, por motivos de otimização e economia processual atinentes à própria Administração da Justiça e, até mesmo, também em respeito à parte contrária, que tem igual direito à prestação jurisdicional e expectativa de uma sentença favorável.

Por outro lado, já mencionamos no início deste capítulo, que o fenômeno da preclusão *não está atrelado somente à inatividade* da parte, mas também ao seu comportamento comissivo que seja incompatível com o exercício de certo direito ou adimplemento de determinado ônus, bem como à circunstância de o direito já ter sido anteriormente exercido, não produzindo qualquer efeito o ato da parte em sentido processual que busque eventualmente reiterá-lo.

A preclusão pode, desta feita, ser classificada da seguinte forma:¹⁰

1) *preclusão temporal*, quando o seu fato gerador consiste na conduta da parte em não atender ao mandamento legal quanto ao momento para

⁹⁾ Ob. cit., p. 12. Em vernáculo, após livre tradução: "1) Libertade ou facultade de realizar uma determinada atividade processual. Onde existe um poder-dever não pode surgir a preclusão. 2) Limitação do exercício da facultade, de acordo com o momento processual ou com o desenvolvimento lógico do processo; sempre quando nenhuma limitação é colocada, vale de forma absoluta o princípio da elasticidade. 3) Ineficácia da atividade processual realizada. 4) Direito ou facultade das partes processuais, havendo interesse, à obtenção de declaração de ineficácia de tal atividade; e, em alguns casos, poder-dever do juiz de declarar de ofício a ineficácia". Registre-se, todavia, a nossa ressalva quanto ao termo "facultade", o qual, entendemos, tecnicamente não se confunde com "direito", como salientado no Capítulo 7, nota de rodapé 3.

¹⁰⁾ Cf., nesse sentido, Giuseppe Guarneri (*Preclusione...*, cit., p. 571).

o exercício de um direito, como se verifica com a inércia e consequente não-observância da ordem processualmente estabelecida, e de forma peremptória, diante da previsão de prazos específicos ou da menção a determinados momentos processuais;

2) *preclusão lógica*, em face do anterior ou concomitante exercício de atividade lógica e juridicamente incompatível com a realização do direito ou adimplemento de ônus visado pelo agente; ou, então,

3) *preclusão consumptiva ou consumativa*, decorrente de a parte já haver validamente exercido o direito em momento anterior.

De outra sorte, observa Guarnier¹¹ que a preclusão tanto pode ter origem *extraprocessual*, quando decorrente de uma conduta incompatível com o exercício de direito ou adimplemento de ônus processual verificada fora do processo, cujos reflexos, contudo, se projetam para o seu interior, quanto *processual*, isto é, ocorrida no processo, como a anterior consumação do direito ou a inércia da parte devidamente representada em juízo.

Segundo Vincenzo Manzini,¹² a preclusão é *explícita* quando resultante de texto expresso da lei, e *implícita* se decorrente do contexto de uma norma em face do ordenamento jurídico. Pode a preclusão, ainda, ser *permanente*, ou seja, com efeitos perpétuos, ou *temporária*, quando preclusa a atividade processual somente por determinado tempo. Por fim, a preclusão é *absoluta* quando operante de pleno direito, e *relativa* se houver necessidade de a parte contrária requerer que o juiz se manifeste sobre a sua ocorrência.

Feitas essas considerações, reafirmamos que a preclusão se restringe ao direito (ônus) das partes processuais, *jamais atingindo o poder-dever* deste ou daquele sujeito processual, como ocorre com toda a atividade do juiz, por exemplo.

Nesse sentido, embora tratando do processo civil, José Rogério Cruz e Tucci¹³ igualmente aponta para a "inocorrência de preclusão *pro iudicato* da matéria cognoscível de ofício", observando que se o juiz, antes de proferir sentença de mérito, descobrir que se equivocou acerca da análise dos pressupostos processuais e das condições de admissibilidade da

ação, "que extravasam do poder de disposição das partes", pode "reexaminá-la e decidí-la novamente", consoante exegese do art. 267, § 3.º, do CPC, trazendo à colação, ainda, precedentes do Supremo Tribunal Federal.¹⁴

Tais considerações aplicam-se, com maior razão, ao processo penal, regido que é pelo *princípio publicístico*.

Com efeito, pode o juiz sempre reexaminar matérias por ele já decididas, enquanto não tenha proferido decisão de mérito, a qual, salvo no âmbito de apreciação de eventuais embargos de declaração (CPP arts. 619 e ss), torna a sua competência exaurida; e, igualmente, elas podem ser apreciadas por órgão de segundo ou superior grau de jurisdição, na hipótese de interposição de recursos, ou ainda nas ações de *habeas corpus* ou de revisão criminal, suplantando as duas últimas, até mesmo, a coisa julgada concorrentemente à decisão penal condenatória, que tem autoridade relativa.¹⁵

E aqui, mais uma vez são pertinentes as palavras de Stefano Riccio, no sentido de que a preclusão não pode alcançar o poder-dever instrutório do juiz, *não sendo concebível* a chamada "preclusão *pro iudicato*", ainda mais tratando-se do processo penal, *verbis*: "Nel diritto processuale penale *trova limitata applicazione il principio preclusivo*; pure le pre-

⁽¹¹⁾ Entre os julgados citados (1.ª T., Recurso Extraordinário 98.008-SC, rel. Min. Rafael Mayer, j. 11.03.1980, v.u., RTJ 94/445, 1.ª T., Agravo de Instrumento 89.518-MG, rel. Min. Alfredo Buzaid, j. 16.11.1982, v.u., RTJ 105/1.038; 1.ª T., Recurso Extraordinário 104.469-DF, rel. Min. Octávio Gallotti, j. 14.05.1985, v.u., RTJ 113/1.377), afigura-se oportuno transcrever alguns trechos da ementa da decisão proferida à unanimidade pelo Plenário da Excelisa Corte, no julgamento do Agravo Regimental interposto na Ação Cível Originária 268, em que foi relator o Min. Alfredo Buzaid, realizado em 28.04.1982, RTJ 101/901: "(...) b) o Código de Processo Civil adotou o princípio de que a verificação dos pressupostos processuais e das condições da ação fosse feita desde o despacho que aprecia a petição inicial e em qualquer momento posterior do processo civil, até o julgamento definitivo da lide, que exaure o ofício jurisdicional (Código de Processo Civil art. 267, § 3.º); c) acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, não há preclusão para o juiz, enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da decisão definitiva. A preclusão é sanção imposta à parte, porque

consiste na perda de uma faculdade processual; mas não se aplica ao juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição ordinária. Para o juiz só opera a preclusão maior, ou seja, a coisa julgada".

⁽¹²⁾ Cf. Capítulo 14.

⁽¹³⁾ Preclusione..., cit., p. 574.

⁽¹⁴⁾ *Tratado...*, cit.

⁽¹⁵⁾ *Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 58-59.

clusioni sono poste per una ragione di incompatibilità, che non consente l'esercizio ulteriore di attività processuale. In determinate condizioni, perciò, è dato al legislatore determinare l'inconciliabilità e riconoscere la prevalenza dello interesse all'economia processuale su quello della ricerca della verità reale. Il più delle volte, in sede processuale penale, è riconosciuta in maniera assoluta la prevalenza di un *interesse pubblico*, per cui, pur non potendosi ulteriormente esercitare una facoltà dalla parte, essa può ancora venir esercitata per volontà del giudice, che *si sovrappone o si sostituisce alla iniziativa privata*. Così avviene per quanto concerne la prova, in quanto dominano insuperabili i principi dell'accertamento della verità reale e del libero convincimento del giudice.¹⁶

É interessante atentar, outrossim, para a peculiaridade de que, no processo penal, como exposto no Capítulo 5, não é só o juiz que detém poder-dever.

Determinadas atividades do *Parquet* têm natureza de dever em face da sua qualidade de funcionário público, ao passo que, outras, quando ele atua como parte, possuem a natureza de direito (ônus).

Desse modo, as atividades do membro do ministério público concernentes à *produção da prova, à arguição de nulidades e à interposição de recursos estão sujeitas à preclusão*, ao contrário do que ocorre com outras que decorrem de imposição legal, como sucede com o poder-dever de oferecer denúncia, uma vez formada a *opinio delicti*, o qual só pode ser atingido pela prescrição em abstrato.

⁽¹⁶⁾ Ob. cit., p. 110, com a seguinte livre tradução: "No direito processual penal encontra limitada aplicação o princípio preclusivo; mesmo as preclusões são colocadas por uma razão de incompatibilidade, que não consente o exercício ulterior de atividade processual. Em determinadas condições, por isso, é dado ao legislador determinar a incompatibilidade e reconhecer a prevalência do interesse da economia processual sobre aquele da busca da verdade real. Na maior parte das vezes, em sede processual penal, é reconhecida de maneira absoluta a prevalência de um interesse publicístico, pelo qual, não se podendo exercer ulteriormente uma faculdade da parte, essa pode ainda vir a ser exercitada por vontade do juiz, que se sobrepõe ou se substitui à iniciativa privada. Assim sucede no que concerne à prova, enquanto dominam insuperáveis os princípios da busca da verdade real e do livre convencimento do juiz". Retira-se, aqui, a nossa ressalva em relação ao fato de que uma faculdade não pode ser exercida; só o direito (acerca da distinção entre faculdade e direito, cf. Capítulo 2, nota de rodapé 3).

A sua inatividade, aqui, tem o condão somente de gerar a possibilidade de a vítima oferecer queixa-crime subsidiária da ação penal pública, podendo o promotor de justiça ou o procurador da República, contudo, aditá-la a qualquer momento, se recebida, funcionando em todos os termos da ação penal e, também, oferecer a denúncia que não havia sido oferecida, na hipótese da queixa-crime subsidiária ser rejeitada.

Por outro lado, até mesmo a interposição de apelação ou qualquer outro recurso, por *defensor dativo*, também já foi entendida pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdãos com louvável preocupação de assegurar, ao máximo, a ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes,¹⁷

⁽¹⁷⁾ Como exemplo, lembramos os seguintes acórdãos, embora já superadas, e com a nossa ressalva quanto à utilização do termo *obrigação* em vez de *dever*, conforme por nós já referido no Capítulo 1, nota de rodapé 12:

"(...) A orientação desta Casa não é outra. Cabe ao defensor dativo, por imperativo legal e moral, o desempenho cabal e eficiente, a bem dos acusados, durante o tramitar da ação penal, o que se prolonga no juízo de segundo grau. Desta forma, por exemplo, não pode ele deixar de apresentar até as alegações prévias (RHC 43.011, RTJ 36/198, rel. Min. Evandro Lins e Silva); deve ele ser intimado, juntamente com o réu que se ache preso, para tomar ciência da sentença, notadamente a condenatória (RHC 54.110, RTJ 78/118, relator Min. Antônio Neder); deve ele atuar em segunda instância para a interposição de recursos (HC 54.139, Ementário 1.032-2, Pleno, rel. Min. Moreira Alves. Neste julgamento, o Min. Cunha Peixoto, motivando o seu voto, referiu-se a outro *habeas corpus* idêntico, de que foi relator o Min. Rodrigues de Avelar). A pessoal intimação do réu, na espécie, não desfigura a questão, pois esta circunstância não exime o defensor dativo de apelar. É que aqui, repita-se, trata-se do exercício de uma obrigação legal, que somente se encerra após findos os recursos inerentes à defesa, ao teor do princípio constitucional assegurador da ampla defesa. Dou parcial provimento ao recurso, concedendo a ordem de *habeas corpus* para o fim exclusivo de restituir o prazo de apelação" (1.ª T., RHC 54.961-GO, rel. Min. Biliac Pinto, j. 15.02.1977, v.u., RT 501/361-364 e RTJ 80/497-500).

"*Habeas corpus*. O direito de o réu revelar defesa se estende à segunda instância. Se o defensor público não puder atuar em segunda instância para a interposição de embargos infringentes e de nulidade, dever-se-á dar ao réu outro defensor dativo; caso possa, mas não interponha esse recurso, configura-se deficiência de defesa, com real prejuízo para o réu, aplicando-se a parte final da Súmula 523. *Habeas corpus* concedido para a reabertura do prazo para a interposição dos embargos infringentes e de nulidade, bem como a soltura imediata do paciente" (Pleno, HC 54.139-RJ, rel. Min. Moreira

como *dever* e, conseqüentemente, não atingível pela preclusão temporal, embora esse entendimento não mais prevaleça em nossas Cortes.¹⁸

Sendo assim, no âmbito dos reflexos estritamente processuais penais da inatividade, a preclusão, que em nosso entendimento não é sanção, mas sim *conseqüência natural da inatividade processual*, em face do interesse estatal em efetivamente prestar jurisdição em tempo razoável, *evitando que o processo seja indevidamente procrastinado*,¹⁹ assume papel

Alves, j. 24.03.1976, m. v., RTJ 79/413-418 — com a nossa observação de que quanto à devolução do prazo não houve divergência).

¹⁸ Em sentido contrário, posicionam-se, hoje de forma pacífica, os nossos Tribunais superiores:

“Processo penal. O defensor dativo, a quem se intima pessoalmente da sentença condenatória, não está obrigado a apelar, se não o faz, a sentença transitada em julgado. *Habeas corpus* denegado” (STF, Pleno, HC 57.434-SP, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 19.12.1979, m. v., RTJ 92/1.118-1.120 e RT 539/381-382). Declarando o seu voto, o Min. Cordauro Guerra, concordando com o relator, aduziu: “(...) o recurso não é compulsório, não é obrigatório, mesmo porque, se o advogado fosse constituído e não recorre, ninguém diria que ele estava cercenando a defesa de seu constituinte. Seria, quando muito, objeto de crítica, e submisso às sanções do órgão a que está subordinado, a conduta do defensor público, se negligente. De outro modo, também, estaríamos criando um recurso de embargos *ex officio*”.

“*Habeas Corpus*. Defensor dativo. Não interposição de embargos infringentes. A jurisprudência mais recente desta Corte, realmente — e essa questão foi amplamente debatida pelo Plenário, no RECr 89.965 (RTJ 94/788 e ss) —, vem mantendo entendimento de que, ainda quando se trate de defesa dativa, não tem ela o dever de apelar, por prevalecer, no direito processual penal, o princípio da voluntariedade do recurso, salvo se a lei o tem como obrigatório. Se assim é com relação à apelação, o mesmo se dará, por identidade de razão, com os embargos infringentes. *Habeas corpus* indeferido” (STF, 2.ª T., HC 61.371-SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 20.03.1984, v.u., RTJ 110/639-640 — com a nossa observação de que o relator mudou a posição que havia defendido em 1976, conforme precedente transcrito na nota anterior).

Após a promulgação da Constituição da República de 1988, igualmente: STF, 2.ª T., HC 67.254-0-RS, rel. Min. Carlos Madeira, j. 17.03.1989, v.u., RT 643/389-391; STJ, 6.ª T., REsp. 5.911-SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro, j. 1.º.10.1991, v.u., RT 676/362-364.

¹⁹ Na esteira, aliás, da *Teoria da Autodeterminação* de Arturo Rispoli, bem como, guardadas as diferenças, na antecedente *Teoria da Renúncia*, desen-

extremamente relevante no que concerne ao âmbito da atividade probatória, recusal e de nulidades.

12.1 Preclusão e prova

Na esfera probatória, não obstante a existência da regra da *busca da verdade* à qual o princípio publicístico é subjacente, como também da garantia da *ampla defesa*, existem em nosso processo penal inúmeras situações em que o momento para se requerer a produção de determinada prova é regrado.

Nessa linha, podemos lembrar que as testemunhas de acusação devem ser arroladas na própria denúncia ou queixa e as de defesa, no rito legal da defesa prévia, nos termos dos arts. 41 e 395 do CPP; o requerimento de diligências cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução, na fase do art. 499 do mesmo diploma etc.

Igualmente, no rito dos crimes dolosos contra a vida, tendo havido pronúncia, as testemunhas a serem ouvidas em plenário deverão ser arroladas no libelo-crime acusatório, bem como, nessa mesma oportunidade, ser requeridas diligências (art. 417, § 2.º), devendo o defensor também assim proceder na contrariedade ao libelo (art. 421, parágrafo único); além da vedação de que, em plenário, possa haver a leitura de algum documento do qual a parte contrária não tenha tido ciência com pelo menos três dias de antecedência (art. 475) etc.

Daí o consenso de que, esgotados os momentos processuais acima referidos sem o requerimento de produção de provas ou diligências, tal produção probatória restou *preclusa* em face da inatividade da parte.

Na prática forense, o exemplo do não-arrolamento de testemunhas, sobretudo de defesa, no prazo do art. 395 do CPP é, infelizmente, correnteiro.

E aqui, apesar de o juiz poder ouvir, de ofício, uma testemunha não arrolada oportunamente pelas partes, como “testemunha do juízo”, com o fim de dirimir dúvida sobre ponto relevante, conforme preceitua o art.

volvida principalmente por Gömner, para quem a preclusão consubstancia-se, igualmente, em natural conseqüência da inatividade, conforme expusemos no Capítulo 4.

156 do CPP, raros são os casos em que, omissa a defesa na fase do art. 395 do citado diploma, o acusado tenha êxito em conseguir a inquirição de alguma testemunha que venha a ser arrolada extemporaneamente, já agora por novo e mais diligente defensor, em nome da ampla defesa.

Nessas hipóteses, resta, melancolicamente, o expediente da defesa consistente em juntar uma declaração de próprio punho dessa pessoa ou, então, uma "escritura pública de declaração" feita perante tabelião de notas, na tentativa de suprir os malefícios que a preclusão probatória, *in casu*, gerou, apesar de essas declarações, evidentemente, não possuírem os mesmos valor probatório e impacto persuasivo caso fossem os testemunhos colhidos pelo juiz, sob o crivo do contraditório.

De outra banda, não obstante deva o tratamento conferido às partes ser igual, o mesmo rigor não tem sido imposto, pelo menos no foro paulista, quando o Ministério Público solicita que o juiz ouça alguma pessoa não arrolada na denúncia, como "testemunha do juízo".

Quanto à juntada de documentos, nos processos de competência do Tribunal do Júri, eles não podem ser juntados e lidos em plenário caso a parte contrária deles não tenha tido ciência até três dias antes da sessão, o que se justifica pelas próprias características do julgamento popular, devendo os termos do mencionado art. 475 do CPP ser observados com rigor, salvo se a parte contrária, embora surpreendida, não se opuser.

Havendo desrespeito ao disposto no referido artigo, a nulidade deverá ser argüida oportunamente, como verificaremos no subítulo *Preclusão e Nulidade* deste capítulo.

Ressalvado o procedimento no julgamento popular, a garantia do direito ao contraditório e à ampla defesa (*Magna Carta*, art. 5.º, LV) obsta a que o direito de a parte exibir documentos — que não se confunde com produção de provas a ser realizada pelo juiz — possa ser atingido pela preclusão.

Destarte, não obstante o Código de Processo Penal procure disciplinar o momento da produção probatória (sob o crivo do contraditório, evidentemente), e da juntada de prova documental, como sucede com o referido art. 499, o legislador, nos termos do art. 400 do mesmo estatuto, não pôde deixar de reconhecer que "as partes poderão oferecer documentos em qualquer fase do processo".

Nesta hipótese, o importante, como cediço, é que a parte contrária tenha ciência dos documentos exibidos e possa acerca deles manifestar-

se, antes da prolação da sentença, sob pena de violação da mencionada garantia do contraditório, evando o julgamento de nulidade absoluta.

De qualquer forma, de acordo com o que foi exposto no Capítulo 1, ao tratarmos do *princípio publicístico*, o poder-dever do juiz de proceder à colheita de provas, de ofício, antes de sentenciar, mesmo que tal providência implique a reabertura da instrução, como determina o art. 502 do CPP, *jamais preclui*.

Consigne-se, aqui, que a circunstância de o juiz de primeiro grau não mais poder determinar a produção de provas após ter exarado a sentença não decorre, evidentemente, do fenômeno da preclusão. Trata-se de efeito natural do *exaurimento de sua competência para apresentar a prestação jurisdicional*, existindo, somente, duas exceções:

A primeira refere-se à produção de novas provas após a sentença condenatória, a fim de instruir pedido de revisão criminal, por meio de *justificação* solicitada ao juízo sentenciante, de que é exemplo o descobrimento que uma testemunha presencial, tida como falecida, está viva e tem endereço conhecido. Cf., a propósito, a conclusão XXIX, a, da Primeira Conferência Nacional de Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro, em 1943, no sentido de que "é admissível o pedido de revisão criminal, baseado no inc. III do art. 621 do Código de Processo Penal, se as provas sabidamente preexistentes só foram obtidas depois da sentença condenatória", lembrada por Eduardo Espínola Filho,²⁰ citando Sady Cardoso de Gusmão, para quem o motivo previsto no inciso III do art. 621 "não deve ser tomado ao pé da letra, de modo a excluir a revisão por ter sido alegado e não provado anteriormente o fato ou circunstância em causa".²¹

A outra exceção é o interrogatório de acusado com defensor constituído que somente se apresenta em juízo após a sentença condenatória, mas antes da subida dos autos à instância superior ou do trânsito em julgado (CPP, arts. 185, *caput*, e 196). Interessante registrar, ademais, que, mesmo em 2.º grau de jurisdição, pode a turma julgadora, ao julgar recurso de apelação ou ação de *habeas corpus*, mandar interrogar o acusado, convertendo o julgamento em diligência (arts. 616 e 660 do mesmo diploma).

⁽²⁰⁾ *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, vol. VI, p. 385.

⁽²¹⁾ *Código de Processo Penal* (Breves anotações), Rio de Janeiro: Jacintho, 1942, p. 200.

12.2 Preclusão e nulidade

No que concerne à nulidade de condutas havidas no âmbito da persecução penal, em face do eventual desrespeito às *formulas processuais penais* previstas para a sua realização, tanto em nível ordinário quanto constitucional, que se diferencia das chamadas "meras irregularidades",²² o fenômeno preclusivo assume características peculiares.

É que, se de um lado a preclusão jamais atinge a nulidade absoluta, de outro lado ela incide amplamente nas nulidades relativas.

Todavia, como veremos, se o ministério público, o assistente do ministério público ou o querelante, ao recorrerem de uma sentença que absolven ou julgou extinta a punibilidade do acusado ou querelado, limitam-se a pleitear a reforma dessa decisão, não se apercebendo da existência de uma *nulidade absoluta* que ensejaria a sua anulação, deixando de argüí-la, não poderá o juízo *ad quem* reconhecê-la e, assim, determinar que o juiz de primeiro grau proceda a novo julgamento, em prejuízo do acusado. Em outras palavras, a decisão do tribunal, ao julgar recurso exclusivo da acusação, encontra limite nas razões de apelação, sempre que for prejudicial ao apelado, mesmo diante de nulidade absoluta.

No que tanges às chamadas *nulidades absolutas*, ainda, o prejuízo delas decorrente é considerado *manifesto* pelo legislador, sendo que o próprio ordenamento jurídico o reputa inquestionável, considerando-o uma *pre-sunção iuris et de iure*.

Nesses casos, não há, evidentemente, necessidade de a parte que aponta a existência do vício demonstrar, concretamente, o prejuízo por ela suportado.

²² As quais, nos termos do que escrevemos no início do Capítulo 10, seriam hipóteses de imperfeições menores que não chegaram a contaminar e to-lher a eficácia do ato imperfeito. Na mesma oportunidade, registramos, a propósito, a nossa preocupação com a demasiada ampliação das imperfeições que seriam abarcadas por esse vago conceito, sob o risco de esvaziamento das formas processuais penais que, consoante exposto no Capítulo 8, item 8.2 – *Tipicidade*, são verdadeiras garantias do cidadão. Tudo isso, em prol de uma preocupante visão excessivamente pragmática do Direito Processual Penal, a qual deve ser admitida com extrema reserva, posto que em jogo está a liberdade do ser humano.

Basta que a violação ao preceito normativo reste configurada para entender-se satisfeita a exigência do art. 563 do CPP, de que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

O campo das nulidades absolutas restou ampliado, outrossim, com a promulgação da Constituição da República de 1988, na qual inúmeras regras processuais penais, devido à sua relevância, foram expressamente reconhecidas como direitos fundamentais, guardados por garantias.²³

Isso porque, atrelado ao reconhecimento da dignidade do ser humano e ao conceito de *due process of law*, o legislador constituinte estatuiu, ao inserir essas regras no art. 5.º da *Magna Carta*, que elas são inafastáveis, posto que imprescindíveis para o resguardo de direitos conferidos a todo e qualquer cidadão que se veja envolvido em uma persecução penal, da mais leve à mais hedionda das acusações, direitos esses *fundamentais*, por imporem limites ao próprio Estado.

Por outro lado, o intransigente respeito a esses direitos é imperioso não só sob a ótica daquele que é acusado. Também sob o prisma da função estatal em prestar jurisdição, a observância desses direitos fundamentais faz-se imprescindível para a própria tutela do nosso Estado Democrático de Direito, dos quais um dos pilares é, necessariamente, um Poder Judiciário transparente e respeitador dos próprios valores em que se fundamenta.

Desta feita, toda a violação à Constituição da República, com conteúdo de garantia, constitui, por si só, *nulidade absoluta*, com inquestionável prejuízo, em um primeiro plano, à nossa ordem constitucional e, em um segundo, à parte lesada.

Com efeito, observam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho que, "nessa dimensão garantidora das normas constitucionais-processuais, não sobra espaço para a mera irregularidade sem sanção ou nulidade relativa", concluindo que "a atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa sempre uma violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais e a normas de ordem pública".²⁴

²³ A garantia tutela o direito que, sem ela, seria utopia.

²⁴ *As nulidades no processo penal*, 6. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 22.

De outra sorte, afora as violações à *Magna Carta*, anteriormente mencionadas, existem outras nulidades previstas no Código de Processo Penal cujo prejuízo é também tido como *manifesto*, não havendo necessidade de a parte demonstrá-lo.

Essas nulidades são resultantes da conjugação dos arts. 564 e 572 do diploma processual penal, excepcionando, este último, quais os vícios apontados no rol do art. 564 que seriam considerados nulidades absolutas.

Dessa conjugação – e com as ressalvas que fizemos no Capítulo 10, no sentido de que algumas dessas situações levam à *inexistência*, conforme, aliás, também anota Hélio Tornaghi –,²⁵ lembramos inicialmente, como motivos geradores de nulidade absoluta reconhecidos pelo legislador ordinário, a “incompetência, suspeição ou suborno do juiz” e a “illegitimidade de parte”.

Igualmente consubstancia nulidade absoluta a “falta das fórmulas ou dos termos” seguintes: a denúncia, queixa e a representação; o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios;²⁶ a nomeação de defensor ao acusado que o não tiver, bem como de curador ao menor de 21 anos;²⁷ a citação e a decisão de pronúncia;²⁸ o libelo e a entrega da respectiva có-

²⁵ *Verbis*: “Não é preciso lembrar que o Código de Processo Penal coloca entre as nulidades certas causas de inexistência, filiando-se àquela corrente doutrinária para a qual *não há diferença entre não-existência e nulidade*” (*Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. IV, p. 66-67). Como sucede com a referência, por exemplo, à falta de legitimidade da parte, que é um verdadeiro *pressuposto de caráter subjetivo* a toda e qualquer conduta processual penal, além de outras situações que adiante serão referidas.

²⁶ Ressaltada a hipótese do art. 167 do CPP, isto é, do *impropriamente* denominado “exame de corpo de delito indireto”, que seria realizado com base em “prova testemunhal”. Utilizamo-nos da expressão “impropriamente denominado”, posto que, por imperativo lógico, não há falar-se em “exame de corpo de delito” se estiverem “desaparecidos os vestígios”.

²⁷ A nulidade consistente na ausência de curador há de ser repensada, diante da nova redação do art. 5.º do Código Civil brasileiro, instituída pela Lei 10.406, de 10.01.2002, ao estipular que “a menoridade cessa aos 18 anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

²⁸ Conforme já tivemos a oportunidade de nos manifestar, o Código de Processo Penal, em seu art. 408, § 1.º, refere-se com imprecisão ao termo “*sentença de pronúncia*”. Isto porque o ato decisório que manda o acusado a Juri

pia, com o rol de testemunhas ao defensor; a presença de pelo menos quinze jurados para a constituição do Juri; o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incommunicabilidade; os quesitos e as respectivas respostas; a acusação e a defesa, na sessão de julgamento; a sentença; o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido;²⁹ a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência da sentença de que caiba recurso;³⁰ o *quorum* legal para as sessões de julgamento nos tribunais de segunda e superiores instâncias; e, por fim, a deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e a contradição entre elas.

No que concerne ao fenômeno preclusivo, ao contrário do que possa parecer em uma abordagem inicial, a nulidade absoluta, em determinadas circunstâncias, pode estar sujeita à preclusão, como inicialmente afirmado.

Com efeito, se de um lado é verdade que as nulidades absolutas, cujo reconhecimento traga *benefício ao acusado ou condenado*, efetivamente jamais possam ser atingidas pela preclusão, não sendo alcançadas, na esfera penal, tampouco pelo fenômeno da coisa julgada, o mesmo não ocorre quando o seu reconhecimento implique, de alguma forma, *prejuízo ao “ius libertatis” do increpado ou sentenciado*.

Como exemplo, podemos lembrar o fato de que se o Ministério Público, mesmo diante de uma nulidade absoluta verificada no processo, não é *decisão interlocutória*, como igualmente é a decisão que desclassifica a acusação. Só teríamos sentença nas hipóteses de absolvição sumária (sentença definitiva, isto é, que “*define*” o *meritum causae*) e de impronúncia (sentença terminativa, ou seja, que põe fim ao processo, mas não julga o mérito) (cf. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 192-193).

²⁹ Diante dos termos do art. 129, I, da Constituição da República, entendemos que o art. 574 do CPP foi revogado, sendo inadmissível a existência de recurso de ofício, não obstante encontrem-se entendimentos divergentes a respeito.

³⁰ Como expusemos no Capítulo 8, a falta de efetiva comunicação ao sujeito processual quanto à existência do processo e da atividade que dele se espera ou a ele se faculta, em determinado prazo, leva à própria *inexistência* de alegada inatividade processual penal, a qual suplantaria a questão da nulidade, uma vez que, em nosso entendimento, só se pode anular o que efetivamente existe. Em outros termos, a comunicação é, de fato, verdadeiro *pressuposto de caráter objetivo* de toda e qualquer conduta processual penal omissiva.

apela, ou, ao apelar, não postula o seu reconhecimento, não pode o Tribunal ao julgar o recurso exclusivo da defesa ou a limitada apelação ministerial, reconhecer a nulidade não suscitada, em desfavor do acusado.

Nesse sentido, aliás, a Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal preceitua que "é nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício".³¹

Por outro lado, tendo em vista que a *preclusão* e a *coisa julgada penal* não alcançam a nulidade absoluta cujo reconhecimento venha favorecer o acusado ou o condenado, ela pode ser reconhecida de ofício pelo tribunal, mesmo quando não articulada nas razões de apelação da defesa, bem como suscitada mediante as ações de *habeas corpus* e revisão criminal, conforme dispõem os arts. 648, VI, e 626, *caput*, última parte, ambos do CPP.

E aqui, mesmo que o tribunal reconheça a existência de nulidade absoluta que *não tenha sido objeto expresso da apelação* do ministério público ou do querelante, ou, então, em julgamento de *apelação exclusiva da defesa*, há a proibição da *reformatio in pejus* prevista no art. 617 do diploma processual penal, o qual veda que a superior instância agrave a pena "quando somente o réu houver apelado da sentença".

Nessas hipóteses, vindo o julgamento de primeiro grau a ser anulado, a nova sentença não poderá, outrossim, impor pena superior àquela da condenação anulada, sob pena de também haver *reformatio in pejus*, só que de forma *indireta*, a qual, pelos motivos expostos, é igualmente inadmissível.

Entfim, a nulidade absoluta só se torna imutável, sendo atingida pela coisa julgada (porque, aí, ela é de autoridade absoluta), nas hipóteses de absolvição.

Interessante atentar, ainda, para a situação de o Tribunal, mesmo julgando apelação exclusiva da acusação que tenha por objetivo o reconhecimento de uma qualificadora, por exemplo, entender que houve nulidade absoluta ou, então, que o júri apelado errou ao não ter desclassificado a imputação de tráfico para a de posse de entorpecentes. Nesses casos,

⁽³¹⁾ Com a nossa ressalva, já manifestada, de que com o advento da atual *Magna Carta* (art. 129, I), o recurso de ofício é inconcebível em nosso ordenamento processual penal.

nada obsta, em tese, a que o juízo *ad quem*, a par de julgar improcedente o recurso ministerial, entenda por bem conceder *habeas corpus* de ofício.

Cumpre consignar, por fim, que se o Tribunal, mesmo diante da verificação de uma nulidade absoluta, se convencer da inocência do acusado, deverá absolvê-lo em vez de reconhecer a nulidade, aplicando-se, por analogia, o art. 249, § 2.º, do CPC,³² na esteira do entendimento adotado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, com quem comungamos, *verbis*: "A decisão de mérito em favor do prejudicado pela irregularidade é um fato novo, que afasta a conveniência de retroceder na marcha procedimental porque, no caso, a finalidade da instituição da forma não chegou a ser comprometida".³³

O mesmo não sucede, todavia, ao tratarmos das chamadas *nulidades relativas*, nas quais o fenômeno preclusivo incide *irrestritamente*.

Quanto a elas, vale a pena reafirmar, aqui, a distinção que Antonio Saccone³⁴ faz entre *nulidade* e *anulabilidade*, referida no início do Capítulo 11, no sentido de a anulabilidade ser fruto da *atenuação* do conceito de nulidade, exigindo-se, em relação a esta, pedido do sujeito processual que se julga lesado para que o juiz possa anular o ato viciado.

Essas nulidades, de acordo com a referida combinação dos arts. 564 e 572 do CPP, são as seguintes: a "falta da intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública"; a supressão dos "prazos concedidos à acusação e à defesa"; a falta da intimação do acusado "para a sessão de julgamento, pelo tribunal do júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia";³⁵ a

⁽³²⁾ "Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou supri-lhe a falta".

⁽³³⁾ *As nulidades...*, cit., p. 32.

⁽³⁴⁾ *Le nullità e le decadenze nella procedura penale con particolare riguardo al ricorso per cassazione*. Roma: Athenaeum, 1918. p. 10-11.

⁽³⁵⁾ Como demonstrado no Capítulo 6, há imprecisão conceitual do legislador ao utilizar-se da expressão *revelia*, no processo penal, já que a defesa, no seu âmbito, é indispensável e o contraditório *real, efetivo*, estando o acusado *sempre* representado por um defensor, seja ele constituído ou nomeado pelo Juízo, sob pena de nulidade por violação do art. 5.º, LV, da Constituição da República e do art. 261 do CPP, nos termos do aludido art. 564, III, c, do último diploma.

falta de "intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade"; e, por fim, a "omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato".³⁶

Tratando-se as nulidades relativas, portanto, de hipóteses de anulabilidade, o fenômeno da *preclusão*, em consonância com o anteriormente exposto, tem o condão de sanar o vício eventualmente existente.

Em outros termos, a possibilidade de alegar-se a existência de nulidades restará preclusa, diante do disposto no art. 572 do CPP, que trata tanto da *preclusão temporal*, consistente na *inatividade* da parte em não arguir a nulidade em tempo oportuno,³⁷ ou, então, em aceitar, ainda que tacitamente, os seus efeitos; quanto da *preclusão material*, vinculada à *atividade* consubstanciada na prática do ato "por outra forma", tendo ele "atingido o seu fim", como sucede com o comparecimento espontâneo do acusado, sanando a nulidade da citação.

A inatividade da parte, portanto, tem o condão de sanar as nulidades reputadas como relativas pelo legislador, ainda que tenha havido efetivo prejuízo, devendo a parte inativa suportá-lo.

³⁶ Na esteira do que foi exposto no Capítulo 11, a verificação da ocorrência de vício de vontade não se inclui, por imperativo lógico, na hipótese constante do inciso IV do art. 564 do CPP, posto que a *livre manifestação de vontade* é, inquestionavelmente, pressuposto de caráter subjetivo à existência de toda e qualquer conduta processual penal, não podendo, jamais, ser tratada como mera nulidade relativa.

³⁷ O art. 571 do diploma processual penal estipula que as nulidades relativas devem ser argüidas: as da instrução da primeira fase dos processos de competência do Tribunal do Júri, no prazo do art. 406; as ocorridas posteriormente à decisão de pronúncia, ao ser aberta a sessão de julgamento prevista no art. 447; as verificadas durante a Sessão Plenária do Júri, logo depois de ocorrerem; as da instrução dos processos ordinários, na fase do art. 500; as da instrução dos procedimentos por crimes a que não for, ainda que alternativamente, cominada pena de reclusão, na audiência de instrução, debates e julgamento do art. 539; as verificadas após a decisão de primeiro grau, nas razões de recurso ou logo após a publicação do julgamento e apregoadas as partes; nos processos de competência originária dos Tribunais, no prazo do oferecimento das alegações finais, consoante exegese do inciso IV do mencionado art. 571, com a superveniente Lei 8.038, de 28.05.1990.

12.3 Preclusão e recurso

Da conjugação entre o princípio publicístico, decorrente do dever estatal de prestar jurisdição, e a faculdade das partes envolvidas na persecução penal de recorrer, o fenômeno da *preclusão é fundamental*, também aqui, para que o Poder Judiciário possa, em prazo razoável, efetivamente cumprir o seu dever.

Se não houvesse preclusão, os processos restariam eternamente indefinidos. Haveria o caos, se a liberdade conferida às partes para se insurgir, ou não, contra as decisões proferidas pela autoridade julgante, sobretudo quanto àquelas que põem fim ao processo, isto é, às sentenças terminativas ou definitivas, não tivesse prazo.

Isso porque, uma vez iniciada a persecução penal, ela deve, em prazo razoável³⁸ — o qual não pode, evidentemente, ficar à mercê da maior ou menor atividade das partes —, chegar ao seu ápice com o trânsito em julgado da decisão final nela proferida, conferindo à sociedade a esperada *segurança jurídica* e, assim, promover a manutenção da paz pública.

Por outro lado, a possibilidade de as partes recorrerem a uma instância superior, *impugnando* atos decisórios proferidos pela autoridade julgante, como verdadeiros "remédios", na esteira do termo *remedia* utilizado pelos juriconsultos romanos, e também empregado pela doutrina italiana,³⁹ com vistas a *invalidar* ou, então, *reformular* decisões, é inafastável em face do direito do *duplo grau de jurisdição*, reconhecido desde os romanos.

Com efeito, Giuseppe Sotgiu, livre-docente da Faculdade de Direito da Universidade de Roma, assevera que "costituise un dato innegabile il fenomeno per cui in ogni tempo e presso ogni ordinamento statale, dove più dove meno, in una forma o nell'altra, si è imposta l'opportunità, o meglio la necessità, di concedere al cittadino il mezzo per riparare il preteso torto subito dall'organo che ha amministrato giustizia", em face da

³⁸ Nos termos do art. 14, 3, c, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos — aprovado pelo Dec. Leg. 266, de 12.12.1991, e promulgado pelo Presidente da República através do Dec. 592, de 25.09.1992 —, que foi por nós acolhido em patamar constitucional (art. 5.º, § 2.º, da *Magna Carta*).

³⁹ Cf. Giuseppe Sotgiu, *La cassazione penale*, Padova: Cedam, 1947, p. 1, referindo-se à palavra *remedia*. Nesse sentido, Carlo Umberto del Pozzo, *Le impugnazioni penali* (Parte generale), Padova: Cedam, 1951, p. 54.

"*inevitabile imperfezione naturale degli organi mediante i quali lo Stato esercita una funzione che aspira a risultati idealmente perfetti*".⁴⁰

Nesse sentido, trazendo à colação as palavras de Francesco Carnelutti acerca do dramático contraste entre a justiça e a certeza, "non si può mai escludere anzi si deve sempre riconoscere la possibilità di errore";⁴¹ observamos que, a par da nossa Constituição da República disciplinar, mesmo que de forma indireta (ao tratar da competência dos Tribunais), o direito ao duplo grau de jurisdição, ele é expressamente previsto no art. 14, 5, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, ao prever que "toda pessoa declarada culpada por delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei".

O direito ao recurso de apelação a um órgão jurisdicional superior, sem maiores exigências, a não ser a da tempestividade, não implica, todavia, que a parte processual tenha direito irrestrito a outros recursos, como o especial e o extraordinário.⁴²

Observe-se, outrossim, que o direito ao duplo grau de jurisdição encontra-se suprimido, em nosso ordenamento jurídico, nas hipóteses em que os acusados possuem o chamado "foro privilegiado", sendo processados perante Tribunais de segundo ou superior grau, dependendo do cargo público que exerceram.

⁴⁰ Ob. cit., p. 2-3, com a seguinte livre tradução: "Constitui um dado inegável o fenômeno pelo qual em todo o tempo e diante de qualquer ordenamento estatal, às vezes mais às vezes menos, de uma forma ou de outra, é imposta a possibilidade, ou melhor, a necessidade de se conceder ao cidadão um meio para reparar a pretensa injustiça sustentada pelo órgão que administrou a justiça... inevitável imperfeição natural dos órgãos mediante os quais o Estado exercita uma função que aspira a resultados idealmente perfeitos".

⁴¹ *Lezioni sul processo penale*. Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1946. vol. IV, p. 105: "(...) não se pode jamais excluir, ao invés, deve-se sempre reconhecer a possibilidade de erro".

⁴² A propósito, escrevem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho: "Deve-se observar, porém, que o princípio do duplo grau se esgota nos recursos cabíveis no âmbito da revisão, uma única vez (...) o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e o extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, não se enquadram na garantia do duplo grau" (*Recursos no processo penal*, 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 23).

Embora, em nosso entendimento, esse denominado foro privilegiado, em face dessa circunstância, não traga "privilegio" algum, suprimindo, pelo contrário, não só instâncias, mas também o elementar direito de apelar,⁴³ a doutrina, uma vez que as hipóteses de competência originária são previstas pela própria *Magna Carta*, entende que tais supressões são legítimas.⁴⁴

De qualquer maneira, possuindo ou não requisitos próprios que viabilizem a sua admissão, processamento, conhecimento e julgamento — como sucede, por exemplo, com os recursos especial e extraordinário, que têm inúmeras condições de admissibilidade, ao invés do que se verifica com a apelação, para a qual não se exigem maiores condições —, todos os recursos⁴⁵ previstos na legislação processual penal têm prazo para serem interpostos, sob pena de *preclusão* e formação da *coisa julgada*.

A esse propósito, Carlo Umberto del Pozzo, após salientar que o direito de impugnação nasce com a emanção da decisão recorrível, observa: "Determinato il momento iniziale del possibile esercizio, è chiaro che la legge debba preoccuparsi di fissare anche un momento finale, oltre il quale non possa quel diritto essere utilmente esercitato: nessun legislatore potrebbe permettere ad una situazione processuale fluida di permanere tale indefinitamente, contro ogni esigenza di certezza e di sollecitudine, nel l'accertamento giudiziale del diritto. Ne deriva un sistema di *termini perentori*, entro i quali debbono determinati atti d'esercizio del diritto essere compiuti, a pena di decadenza".⁴⁶

⁴³ Observamos que se o "foro privilegiado", ao invés de ser concebido como matéria rigidamente disciplinada pela *Magna Carta*, por razões supra-indicadas, atreladas à própria estruturação do Poder Judiciário, for entendido, e é este o nosso posicionamento, como uma *prerrogativa* do acusado, em face do cargo ou função que exerce, o inerepado poderia, por imperativo lógico, abrir mão do dito foro, vendo-se processar sem suprimir nenhuma instância e tampouco o recurso de apelação.

⁴⁴ Cf., nessa linha, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *Recursos...*, cit., p. 24.

⁴⁵ Evidentemente, não se incluem, aqui, as ações de *habeas corpus* e de revisão criminal, as quais, embora constantes do Título II — Dos Recursos em Geral —, do Livro III — Das Nullidades e dos Recursos em Geral do Código de Processo Penal, não têm natureza de recurso, consoante entendimento de há muito pacificado na doutrina processual penal brasileira.

⁴⁶ Ob. cit., p. 331, com a seguinte livre tradução: "Determinado o momento inicial do possível exercício, é claro que a lei deve preocupar-se em fixar tam-

Posto isso, observamos que tendo a parte tido *efetiva ciência* da decisão proferida,⁴⁷ inicia-se a contagem dos seguintes prazos para a interposição dos recursos a seguir referidos, os quais devem ser contados em dobro, após intimação pessoal, tratando-se de defensor público:⁴⁸

— cinco dias para as hipóteses de recurso em sentido estrito, apelação e protesto por novo júri (CPP, arts. 586, 593, 607, § 2.º), bem como para a interposição de recurso ordinário de *habeas corpus* (Lei 8.038, de 28.05.1990, art. 30);

— dois dias para a oposição de embargos de declaração cabíveis em relação a qualquer decisão, os quais interrompem a contagem do prazo para a interposição de outros recursos contra a decisão embargada, descontado do prazo destes últimos, contudo, o tempo de um ou dois dias que se escoou até a oposição dos embargos (CPP, arts. 3.º e 619, *c/c* o art. 538, *caput*, do CPC);

— dez dias para o acusado opor embargos infringentes ou de nulidade, a contar da publicação do acórdão que julgue, por maioria de votos, ape-

bém um momento final, além do qual não possa aquele direito ser utilmente exercitado: nenhum legislador poderia permitir que uma situação processual incerta permanecesse como tal indefinidamente, contra toda exigência de certeza e presteza na aplicação judiciária do direito. Dela deriva um sistema de prazos peremptórios, nos quais devem ser realizados determinados atos de exercício de direito, sob pena de decadência”.

⁽⁴⁷⁾ Importante frisar, contudo, que os Tribunais têm entendido, a nosso ver com acerto, que o marco inicial para o início da contagem do prazo para a interposição de apelação deve ser a data em que tanto o acusado, através de intimação pessoal, quanto o seu advogado, pela imprensa, tenham sido efetivamente cientificados da sentença, ou seja, a última delas.

⁽⁴⁸⁾ Conforme determina o § 5.º do art. 5.º da Lei 1.060, de 05.02.1950, com a redação dada pela Lei 7.871, de 08.11.1989, *verbis*: “Art. 5.º (...) § 5.º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”. Deve-se registrar que há entendimento jurisprudencial no sentido de que a contagem em dobro dos prazos processuais só tem aplicação ao defensor que pertença aos quadros das Procuradorias Gerais dos Estados, ou seja, quando se trate de *assistência judiciária gratuita* e, não, ao *defensor dativo* (nesse sentido está o acerto proferido à unanimidade pela 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental 290.823, de São Paulo, ocorrido em 29 de junho de 2000, sendo relator o Min. Félix Fischer).

lação ou recurso em sentido estrito em seu desfavor, lembrando-se que em revisão criminal, *habeas corpus* e mandado de segurança,⁴⁹ os embargos não são cabíveis (CPP, art. 609, parágrafo único, Súmula 597 do Supremo Tribunal Federal);

— quarenta e oito horas para a interposição de carta testemunhável contra a decisão que denega ou obsta seguimento a recurso (CPP, art. 640), como o de agravo em execução, desde que não existam recursos próprios para tanto, como o recurso em sentido estrito contra a denegação de apelação e o agravo de instrumento para os recursos especial e extraordinário;

— quinze dias de prazo comum para os recursos especial e extraordinário (Lei 8.038, de 28.05.1990, art. 26, entendendo-se superada a Súmula 602 do Supremo Tribunal Federal).⁵⁰

Não podemos deixar de consignar, outrossim, que a Suprema Corte e o Superior Tribunal de Justiça exigem que as matérias objeto de recursos especial e extraordinário tenham sido *prequestionadas*⁵¹ na instância a quo. Em outras palavras, na ausência de oportuno questionamento, a discussão acerca das questões suscitadas encontrar-se-á, igualmente, *preclusa*, exceção feita às nulidades absolutas, que poderão levar à concessão de *habeas corpus* de ofício.

— cinco dias para a interposição de agravo de instrumento contra a denegação do processamento dos recursos especial e extraordinário pela Corte a quo (Lei 8.038, de 28.05.1990, art. 28);

⁽⁴⁹⁾ Tratando-se de julgamento por maioria de votos de recurso ordinário em mandado de segurança, apontam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scaranze Fernandes que a doutrina e alguns julgados os têm admitido (*Recursos...*, cit., p. 419).

⁽⁵⁰⁾ Cf. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scaranze Fernandes, para quem, em face do art. 26 da Lei 8.038, de 28.05.1990, “perdeu o sentido o enunciado da Súmula 602 do STF, que tinha como fundamento a Lei 3.396, de 1958, expressamente revogada pelo art. 44 da referida Lei. 8.038/90” (idem, p. 286).

⁽⁵¹⁾ É interessante registrar, a respeito, o conceito de prequestionamento formulado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira ao relatar o acórdão proferido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “O prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado” (Embargos de Divergência no Recurso Especial 162.608/SP, j. 16.06.1999, votação unânime, publicado no DJU 16.08.1999, p. 37).

— cinco dias, igualmente, para a interposição de agravo regimental contra a decisão do relator do recurso especial ou extraordinário que negar seguimento ao agravo de instrumento acima referido (Lei 8.038, de 28.05.1990, art. 28, § 5.º);

— quinze dias para o recurso ordinário em mandado de segurança (Lei 8.038, de 28.05.1990, art. 33).

Em suma, a inércia da parte em não interpor recurso nos prazos acima indicados tem a natural consequência de *tolher a eficácia* de eventual e ulterior ato com vistas ao exercício do *já decaído direito de recorrer*, em face da *preclusão*.

Interessante registrar, por fim, que mesmo tratando-se das ações de *habeas corpus* e revisão criminal, impropriamente denominadas como recursos por nosso legislador, o fenômeno da preclusão também pode ocorrer, apesar dessas ações, evidentemente, não terem prazo para serem propostas.

É que os nossos Tribunais não conhecem dessas ações quando se tratam de *mera reiteração* de outras anteriormente propostas e denegadas, configurando-se, aqui, a *preclusão consuntiva* ou *consumativa* das faculdades legalmente asseguradas para se propor *habeas corpus* e revisão criminal, em face de já terem elas validamente sido exercitadas.

Evidentemente, se o *habeas corpus* tiver novos fundamentos ou basear-se em novas provas,⁵² não se tratará de reiteração de pedido anteriormente formulado; igualmente, tratando-se de revisão criminal, não há falar em repetição, se a nova ação revisional tiver por fundamento outro inciso do art. 621 do CPP ou, ainda que lastreada no mesmo dispositivo e com igual pedido, carrear novas provas, conforme expressamente autoriza o art. 622 do referido diploma.⁵³

⁵² No que tange a pedidos de *habeas corpus*, porém, existem algumas decisões que admitem a reiteração, como observam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scaranze Fernandes: "Na jurisprudência é corrente o entendimento segundo o qual a reiteração do pedido de *habeas corpus* é impossível quando são apresentados os mesmos fundamentos ou as mesmas provas (STF, RTJ 129/1.249, 130/145, 129/76); em sentido contrário, admitindo a renovação, ainda que com os mesmos fundamentos (TACrimSP, JTA CrimSP 70/98, 70/128)" (Recursos..., cit., p. 384).

⁵³ Cf., nesse sentido, também, a opinião dos autores citados na nota anterior (ob. cit., p. 332).