

O PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO NO PROCESSO PENAL

12 de agosto de 2015

Sumário:

1. Direito Intertemporal

- 1.1. Emprego do princípio da aplicação imediata
- 1.2. Questões processuais de direito intertemporal

2. Noções gerais sobre procedimento

- 2.1. Aplicação da Lei 11.719/08 aos processos em andamento
- 2.2. Classificação do procedimento comum
- 2.3. Procedimento em caso de crimes conexos

3. Procedimento comum ordinário

- 3.1. Oferecimento da peça acusatória
- 3.2. Defesa Preliminar
- 3.3. Recebimento e rejeição da peça acusatória
- 3.4. Citação do acusado
- 3.5. Resposta à acusação
- 3.6. Oitiva do MP
- 3.5. Absolvição sumária ou julgamento antecipado da lide
- 3.6. Designação de audiência una de instrução e julgamento
- 3.7.1. Princípio da correlação e da consubstanciação: *mutatio e emendatio libelli*
- 3.8. Indenização civil

4. Procedimento comum sumário

1. Direito intertemporal

Na atual conjuntura, estamos observando verdadeira sucessão de leis processuais.

No ano de 2008, entraram em vigor 3 leis importantes para o processo penal¹:

- Lei 11.689/08 – trata do procedimento do júri (entrou em vigor em **09/08/2008**).
- Lei 11.690/08 – trata do procedimento probatório (entrou em vigor em **09/08/2008**).
- Lei 11.719/08 – trata do procedimento comum (entrou em vigor no dia **22/08/2008**).

Como cediço, em relação às regras de **Direito Penal intertemporal**, vigem os princípios da **IRRETROATIVIDADE da lei penal mais gravosa** (prejudicial) e da **RETROATIVIDADE da lei mais benéfica**.

Ex.: PRESCRIÇÃO. O Código Penal foi alterado pela lei 12.233/2010. O art. 110, §1º, tentou abolir a **prescrição retroativa da pretensão punitiva** (que ocorre entre a data do fato delituoso e a data da publicação da sentença condenatória), mas, na verdade, só acabou com a retroativa entre o fato delituoso e o recebimento da denúncia, **mantendo a prescrição retroativa no período entre o recebimento da inicial e a publicação da sentença**. Essa alteração legislativa é prejudicial e, portanto, IRRETROATIVA.

Por outro lado, em relação ao **Direito Processual Penal intertemporal**, vige a regra do **princípio da APLICAÇÃO IMEDIATA** (*tempus regit actum*). Em outras palavras: diferentemente da lei penal, a lei processual penal não se refere ao tempo do crime, mas sim à regra vigente no momento da prática do ato processual. Assim dispõe o art. 2º do CPP:

Art. 2º - A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

1.1. Emprego do princípio da aplicação imediata

¹¹ A reforma iniciou em blocos, mas os projetos sobre prisão, investigações policiais e recursos foram abandonados no ano passado, pois surgiu o anti-projeto do Novo Código (nº 156/09).

² Obs: a Lei 12.015/08, dando nova redação ao art. 225 do CP, passou a prever a regra da ação penal pública condicionada à representação aos

Segundo entendimento doutrinário atual, o princípio da aplicação imediata não incide sobre todas as normas de processo penal. Para explicar isso, doutrina divide as normas processuais em duas espécies:

- **Norma genuinamente processual** → É aquela que cuida de procedimentos, atos processuais, técnicas do processo etc. Para essa norma, aplica-se o princípio da aplicação imediata. Ou seja, **norma genuinamente processual tem APLICAÇÃO IMEDIATA**, sem prejuízo da validade dos atos processuais realizados sob a vigência da lei anterior. **ATENÇÃO:** Para a doutrina, o art. 2º do CPP só se aplica às normas genuinamente processuais.

Ex: Quando a lei 11.719/08 entrou em vigor, teve aplicação imediata.

- **Norma processual material** → Em relação à norma processual material, o critério de direito intertemporal que se aplica é o mesmo do direito material penal: princípio da **IRRETROATIVIDADE da lei penal mais gravosa** e da **ULTRA-ATIVIDADE da lei mais benéfica**. Quando a definição do que seja norma processual material, há divergência:

- **Corrente restritiva** → Entende ser norma processual material aquela que, embora disciplinada em diplomas processuais penais, dispõe sobre o **conteúdo da pretensão punitiva**. Exemplos:

Ex: direito de queixa ou de representação, prescrição, decadência, perempção etc; algumas normas da Lei 9.099/95 (L. dos Juizados Especiais)

Qual a natureza jurídica das normas da lei 9.099/05?

A lei 9.099/95 abriga tanto **normas genuinamente processuais** (ex: dispositivos que tratam do procedimento sumaríssimo), como **normas processuais materiais** (ex: composição civil de danos, transação penal, suspensão condicional do processo e representação nos crimes de lesão corporal leve e lesão culposa – pois repercutem na pretensão punitiva do Estado).

- **Corrente ampliativa (PREVALECE)** → Para essa corrente, norma processual material é aquela que de alguma forma produz **reflexos no direito de liberdade do agente**.

Exemplos: normas que tratam de **condições de procedibilidade**², meios de prova, livramento condicional, prisão cautelar, prisão preventiva, fiança, modalidades de execução da pena.

Regras de direito intertemporal		
Normas penais	Normas processuais materiais	Normas genuinamente processuais
Princípio da irretroatividade <i>in pejus</i> gravosa e retroatividade <i>in mellius</i> .	Princípio da irretroatividade <i>in pejus</i> gravosa e retroatividade <i>in mellius</i> .	Princípio da aplicação imediata.

1.2. Questões processuais de direito intertemporal

I. Art. 90 da lei 9.099/95

A lei 9.099/95 consagra tanto normas genuinamente processuais como normas processuais materiais. O problema é que em ser as trata de forma igual em seu art. 90:

² Obs: a Lei 12.015/08, dando nova redação ao art. 225 do CP, passou a prever a regra da ação penal pública condicionada à representação aos crimes sexuais (e não mais a ação penal privada).

Art. 90. As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada. (Vide ADIN nº 1.719-9)

Aplicando o art. 90, a transação penal e a composição civil dos danos não poderiam ser aplicadas aos crimes praticados anteriormente à sua vigência, por exemplo.

Essa norma foi objeto da ADI 1.719, em que o STF fez **interpretação conforme** para definir que ele **só se aplica às normas genuinamente processuais**, e não às processuais materiais, que também são consagradas na lei dos juizados especiais

II. Art. 366 do CPP

Antes da lei 9.271/96, que alterou esse dispositivo, a citação por edital era apta a gerar a revelia do acusado. Com a lei 9.271/96, o legislador afastou a revelia, mas passou a prever que ficaria suspenso o processo e a prescrição do fato.

~~Art. 366. O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado.~~

Art. 366. Se o acusado, **citado por edital**, não comparecer, nem constituir advogado, **ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional**, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996)

Ocorre que, quando da edição dessa lei, havia casos em que, embora houvesse sido decretada a revelia, o crime já estava prescrito, ou no curso do prazo prescricional. Nesse caso, haveria incidência do princípio da aplicação imediata (aplicável às normas genuinamente processuais) ou do princípio da irretroatividade da lei prejudicial (aplicável às normas processuais materiais)?

O legislador misturou no mesmo artigo norma genuinamente processual e processual material: a suspensão do processo é norma genuinamente processual e a suspensão da prescrição é norma processual material. Essa é chamada **NORMA HÍBRIDA/MISTA**.

Os tribunais entenderam que, quando houver essa mistura, **em casos de normas híbridas ou mistas, o direito intertemporal deve ser definido com base no princípio de direito material** (que prevalece sobre os critérios aplicáveis às normas genuinamente processuais): irretroatividade da lei penal prejudicial.

LFG pretendia criar uma terceira norma: aplicar a interpretação irretroativa no que diz respeito à suspensão da prescrição (norma de direito material) e a aplicação imediata à norma que trata da suspensão do processo. Essa não foi a posição adotada pelos tribunais.

Assim, para os tribunais, **o art. 366 do CPP teve sua aplicação limitada aos crimes praticados após a vigência da lei 9.271/96**, já que prejudicial ao réu ao suspender a prescrição.

QUESTÃO (CESPE DPU-2010): Em casos de leis processuais penais híbridas (mistas) o juiz deve cindir o conteúdo das regras, aplicando imediatamente o conteúdo processual penal e fazendo retroagir o conteúdo de direito material, em benefício do acusado. **FALSO.** Deve ser aplicado o mesmo critério de direito material penal para toda a norma, sem dividir seu conteúdo. Se o juiz cindisse a norma, estaria criando uma terceira norma, atuando como legislador.

III. Extinção do protesto por novo Júri

O protesto por novo júri, com natureza recursal, **foi extinto pelo art. 4º da Lei 11.689/08**. Este recurso era cabível contra as sentenças que, no tribunal do júri, condenassem o acusado a pena **igual ou superior a 20 anos**.

Caso do casal Nadorni: o fato delituoso ocorreu em 29/03/2008 e o julgamento foi em 29/04/2010, com a condenação dos acusados em 24 anos. A lei que extinguiu o protesto pelo novo júri entrou em vigor em **09/08/2008** (lei do procedimento do júri).

Veja: Na época do fato, havia o protesto por novo júri; na época da sentença, não. O que fazer em relação ao direito intertemporal? Há duas correntes:

1ª Corrente (MINORITÁRIA: Rogério Sanches e Luiz Flávio Gomes) → Entende que o art. 4º da lei 11.689/08 é uma **norma processual material**. Logo, caso o crime tenha sido cometido até a entrada em vigor da Lei 11.689/08 (em 09/08/2008), mesmo que o julgamento tenha sido realizado posteriormente, o acusado terá direito ao protesto por novo júri, caso seja condenado por um delito a uma pena igual ou superior a 20 anos.

2ª Corrente (MAJORITÁRIA: Nucci e STJ) → Entende que o art. 4º é uma **norma genuinamente processual**. Sendo assim, a lei que se aplica ao recurso é a lei vigente no momento em que a decisão recorrível foi proferida. Logo, **a Lei 11.689/08, neste ponto, não retroage.**

V. Recurso contra a impronúncia

A lei alterou o recurso contra a decisão de impronúncia de Rese para **Apelação**.

Caso prático: No dia 08/08/2008, o juiz proferiu uma decisão de impronúncia. No dia seguinte (09/08/08) entrou em vigor a lei 11.689/2008. Qual recurso deve o advogado interpor no dia 11/08/08?

A **lei do recurso** não é a lei vigente na época do delito nem a lei vigente na hora da interposição, mas a lei da data em que surgiu o direito de recorrer. Ou seja, a lei que deve ser aplicada à interposição do recurso é a **lei da data da publicação da sentença**.

VI. Art. 4º da lei 11.418/2006

A lei 11.418/2006 passou a exigir a demonstração da repercussão geral no recurso extraordinário, definindo o art. 4º que essa exigência se aplica imediatamente, adotando o critério da data da interposição do recurso.

Art. 4º. Aplica-se essa lei aos recursos interpostos a partir do **primeiro dia de sua vigência**.

O critério adotado pelo art. 4º está equivocado, pois a lei só pode ser aplicada em relação às **decisões recorríveis publicadas** a partir do primeiro dia de sua vigência.

ATENÇÃO: o STF decidiu que a lei da repercussão geral só seria válida após a alteração do regimento interno, onde foi consignado que a lei só seria aplicada às decisões recorríveis publicadas após as alterações do regimento interno. Por isso, o equívoco do art. 4º terminou não tendo muita repercussão prática.

2. Noções gerais sobre procedimento

2.1. Aplicação da Lei 11.719/08 aos processos em andamento

A vigência da Lei 11.719/08 iniciou no dia **22/08/2008**. Quanto à aplicação de leis novas a processos em andamento, a doutrina trabalha com 3 sistemas diferentes:

- **SISTEMA DA UNIDADE PROCESSUAL** → Apesar de se desdobrar em uma série de atos diversos, o processo apresenta uma **unidade**. Portanto, **somente pode ser regulado pela primeira lei** (a lei velha), para que não ocorra a retroatividade da lei nova.
- **SISTEMA DAS FASES PROCESSUAIS** → Por este sistema, cada fase processual pode ser disciplinada por uma lei diferente, não sendo possível haver duas leis regulando a mesma fase. As fases do processo são:
 - i. Fase postulatória;
 - ii. Fase Ordinatória;
 - iii. Fase Instrutória;
 - iv. Fase Decisória
 - v. Fase Recursal.
- **SISTEMA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS** → A lei nova **não atinge os atos processuais já praticados**, mas se aplica aos atos processuais a praticar, independentemente da fase processual em que estiver. Em regra, este foi o sistema **adotado pelo CPP**, no art. 2º:

Art. 2º - A lei processual penal aplicar-se-á **desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior**.

QUESTÃO (CESPE DPU-2010): O direito processual brasileiro adota o sistema do isolamento dos atos processuais. **VERDADE.**

QUESTÃO – interrogatório

No dia 23/06/2008 foi feito o interrogatório do acusado. No dia 30/09/2008 foi marcado o interrogatório das testemunhas de acusação e defesa. Ocorre que no meio tempo entrou em vigor a 11.719/08 (no dia 22/08/2008), que definiu que a audiência deve ser uma e o interrogatório do acusado deve ser o último ato da instrução processual (pois passou a configurar exercício de defesa do acusado).

É necessário fazer novo interrogatório ao final da audiência? A resposta depende do concurso:

Em relação aos processos que já estivessem com a instrução concluída até 22/08/2008 não há dúvida de que não há necessidade de novo interrogatório (princípio do *tempus regit actum*).

Porém se, após a entrada em vigor da lei a instrução ainda não estivesse concluída, **novo interrogatório deve ser realizado após a oitiva das testemunhas** (essa é a posição de Antônio Magalhães Gomes Filho), pois deve ser observada a norma processual vigente (que diz que o interrogatório deve ser o último ato).

- MP: Não precisa fazer novo interrogatório.
- Defensoria: É preciso fazer novo interrogatório, obrigatoriamente, se for do interesse do acusado, porque a instrução ainda não havia sido finalizada quando da entrada em vigência da nova lei.

2.2. Classificação do procedimento comum

Antes, o procedimento era classificado conforme a **natureza da pena** aplicável (detenção, reclusão ou prisão simples). A partir da lei 11.719/08, a classificação do procedimento comum passou a considerar a **quantidade da pena máxima**.

Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será **ordinário, sumário** ou **sumaríssimo**:

I - ordinário, quando tiver por objeto CRIME cuja sanção máxima cominada for **igual ou superior a 4 (quatro) anos** de pena privativa de liberdade;

II - sumário, quando tiver por objeto CRIME cuja sanção máxima cominada seja **inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade**;

III - sumaríssimo, para as INFRAÇÕES PENAIIS de **menor potencial ofensivo**, na forma da lei.

São 3 as espécies de procedimento comum:

- **Procedimento comum ORDINÁRIO** → Sujeitam-se a esse procedimento os crimes cuja **pena máxima** cominada seja **IGUAL ou SUPERIOR a 4 anos**. Ex: furto (art. 155, *caput*). Não importa se a pena é de detenção ou reclusão.
- **Procedimento comum SUMÁRIO** → Aplica-se aos crimes cuja sanção máxima seja **INFERIOR a 4 e SUPERIOR a 2 anos**. Ex: injúria racial.
- **Procedimento comum SUMARÍSSIMO** → Aplicável aos delitos de menor potencial ofensivo:
 - Todas as **contravenções** (por isso o inciso III se refere a “infrações penais”)
 - Crimes cuja pena máxima seja **IGUAL ou INFERIOR a 2 anos**, cumulada ou não com multa, sujeitos ou não a procedimento especial. Ex: desacato (art. 331, CP).

OBS: A pena de multa não é considerada, não influi na aferição do tipo de procedimento.

Observações:

i. Em dois casos, crimes de competência dos juizados são julgados no juízo comum:

- **Impossibilidade de citação pessoal do acusado** → Como não há citação por edital nos juizados, se o acusado não for encontrado para ser citado pessoalmente, os autos serão encaminhados para o juízo comum para realizar a citação por edital.
- **Em virtude da complexidade da causa**. Ex: perícia mais elaborada; vários acusados.

Nestes dois casos, uma vez enviados os autos ao juízo comum, o procedimento observado será o **sumário**, e não mais o sumaríssimo. Cf. art. 538, CPP:

Art. 538. Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, **observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo**. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

ii. Concurso de crimes

→ Na hipótese de concurso de crimes, a definição do procedimento a ser adotado deve levar em consideração a **soma das penas** ou o resultado do critério da exasperação.

LEMBRAR: Para definir a prescrição, o concurso de crimes não é levado em consideração.

iii. Causas de aumento/diminuição

→ Serão **consideradas** na definição do procedimento, devendo-se buscar sempre o **máximo de pena possível** para o delito.

Assim, havendo causas de aumento de pena, aplica-se o *quantum* que mais aumente a pena; havendo causas de diminuição, aplica-se o *quantum* que menos diminua a pena.

Súmula 723 do STF Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a **soma da pena mínima** da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

Súmula 243 do STJ. O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

iv. Qualificadoras

→ São **consideradas** na definição do procedimento a ser adotado, pois são o ponto de partida para a fixação da pena base.

v. **Agravantes/atenuantes** → **Não são levados em consideração** para fins de fixação do procedimento, já que não há prévia definição do *quantum* de agravo ou de atenuação e não é possível ultrapassar as balizas legais na 2ª fase de fixação da pena (mínimo e máximo do preceito secundário).

2.3. Procedimento em caso de crimes conexos

I. Conexão entre delito submetido a procedimento comum e delito de procedimento especial

Qual procedimento deve prevalecer?

Se um crime for de competência do júri e o outro for do procedimento ordinário, **prevalece o procedimento do Tribunal do Júri**, em razão das normas de competência.

A questão fica mais difícil se os crimes conexos, *v.g.*, são roubo/latrocínio/homicídio/etc. (procedimento ordinário) + tráfico (procedimento especial da Lei 11.343/06). A antiga Lei de Drogas afirmava expressamente que deveria ser adotado o procedimento do crime mais grave (art. 28 da Lei 6.368/76). Ocorre que esse dispositivo não foi repetido na nova Lei de Drogas³. Assim, entende-se que o procedimento **não deve ser determinado em virtude da gravidade do delito**, mas sim em virtude da **amplitude do procedimento**.

A única vantagem que a lei de drogas pontua em seu procedimento é a defesa preliminar. De resto, o procedimento comum é muito melhor.

Para a doutrina, **o procedimento a ser adotado é o MAIS AMPLO**, aquele que oferece às partes **maiores oportunidades para o exercício de suas faculdades processuais**.

Ex: comparando-se o procedimento da Lei de Drogas com o procedimento comum ordinário, prevalece o comum ordinário, que possui prazos mais amplos, maior número de testemunhas, faculdade de requerer diligências (que podem ser substituídas por memoriais etc.).

II. Conexão entre infração de menor potencial ofensivo e infração de procedimento ordinário

ATENÇÃO: Se houver conexão entre uma infração de menor potencial ofensivo e uma infração criminal qualquer, **deve-se somar as penas dos dois delitos e olhar para o procedimento adotado**. Nesse caso, não deverá haver a separação do processos.

Ex: se houver conexão entre os delitos de “resistência à prisão” e “furto”, os dois delitos serão julgados no juízo criminal comum, **sem prejuízo da aplicação dos institutos despenalizadores em relação à infração de menor potencial ofensivo** (aplicação da suspensão condicional do processo, da transação etc. em relação ao delito de resistência à prisão).

Art. 60, da lei 9.099/95. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na **reunião de processos**, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, **observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis**.

³ Na verdade, esse dispositivo da lei de Drogas sempre foi criticado pela doutrina.

3. Procedimento comum ordinário

Antes da Lei 11.719/98	Depois da Lei 11.719/08
1. Oferecimento da peça acusatória	1. Oferecimento da peça acusatória (art. 41 do CPP)
2. Recebimento/rejeição da peça	2. Recebimento/rejeição da peça
3. Citação do acusado: pessoal (regra) / por edital	3. Citação do acusado: pessoal, edital, por hora certa
4. Interrogatório do acusado ⁴	4. Resposta à acusação (10 dias) Não se confunde com a defesa prévia (que não existe mais) nem com a defesa preliminar.
5. Defesa prévia ⁵ Tratava-se de peça com um único objetivo importante: momento para a defesa apresentar o rol de testemunhas e requerer eventual prova a ser produzida. Podiam apresentá-la → acusado ou defensor. Prazo → 3 dias . Conseqüência da não-apresentação → para a jurisprudência, a ausência de defesa prévia era mera irregularidade . O problema era a ausência de intimação para a defesa prévia, que gerava nulidade absoluta . A partir do ano de 2003, passou a ser obrigatória a presença de advogado no interrogatório. Logo, o advogado já saía intimado para apresentar defesa prévia, não havendo nulidade.	5. Possibilidade de absolvição sumária Até pouco tempo atrás, tratava-se de instituto exclusivo do júri, agora transplantado ao procedimento comum.
6. Audiências para oitiva do ofendido e testemunhas de acusação e defesa Alguns juízes até concentravam essas audiências em uma só, mas o procedimento previa audiências autônomas para cada uma dessas oitivas. No procedimento anterior, ao final do processo havia, pelo menos, 3 audiências (uma para o interrogatório; uma para as testemunhas de acusação e outra para as testemunhas de defesa).	6. Designação de audiência <i>una</i> de instrução e julgamento: i. Testemunhas ii. Acareação iii. Interrogatório ; iv. Pedido de diligências; v. Alegações orais ; vi. Sentença.
7. Diligências – art. 499.	
8. Alegações finais (à época, sempre por escrito) – art. 500 do CPP	

⁴ Hoje, o interrogatório foi deslocado para o final da instrução processual, já que privilegia a defesa do réu.

⁵ Essa expressão não deve ser mais utilizada (pois, hoje, está errada). Ela estava prevista no revogado art. 385 do CPP. Obs.: Para o defensor público, era até bom que o rol de testemunhas fosse apresentado nesse momento pois, como o interrogatório precisava da presença do advogado, ele já tinha a possibilidade de estar lado a lado com seu assistido, o acusado, para conhecê-lo. Hoje, o defensor é citado e já tem que apresentar, logo no início, o rol de testemunhas (antes de ter um contato fácil com o assistido).

9. Diligências <i>ex officio</i> pelo juiz (c/ ciência às partes)

10. Sentença

3.1. Oferecimento da peça acusatória

I. Momento em que se inicia o processo penal → Oferecimento

O processo penal se inicia com o oferecimento ou com o recebimento da peça pelo juiz?

- A **doutrina tradicional** entende que o início do processo penal ocorre com o RECEBIMENTO da peça acusatória. No Código de Processo Penal Militar, inclusive, há dispositivo expresso nesse sentido (art. 35).

Importância prática: Se o promotor oferecer a denúncia e o juiz rejeitar, o MP irá interpor Rese. Nesse caso, o que o juiz precisa intimar o acusado para apresentar contra-razões (antes de mandar para o Tribunal). Como poderia fazer isso se o processo não existisse ainda?

- Numa visão mais **moderna**, o processo penal tem início com o OFERECIMENTO da peça acusatória, pois mesmo que o juiz rejeite a peça acusatória será indispensável a intimação do denunciado para apresentar contra-razões ao Rese interposto pela acusação.

Súmula 707 do STF. Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo.

II. Rol de testemunhas

No procedimento comum ordinário, são 8 testemunhas (*prevalece* na doutrina que são **8 testemunhas por fato delituoso**, havendo, contudo, doutrinadores sustentando que esse número é o total). No **comum sumário, são apenas 5** (arts. 401 e 532).

Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Nesse número **não se compreendem as que não prestem compromisso e as referidas**. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 532. Na instrução, poderão ser inquiridas até **5 (cinco) testemunhas** arroladas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Após o oferecimento da peça acusatória, duas possibilidades surgem ao juiz:

- Recebimento da peça acusatória ou;
- Rejeição da peça acusatória.

Obs: Como veremos depois, houve muita discussão na doutrina, pois alguns diziam que o recebimento da denúncia ocorreria depois.

Cuidado, pois, em alguns procedimentos, entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória há a apresentação da peça da defesa chamada de DEFESA PRELIMINAR.

3.2. Defesa Preliminar

A defesa preliminar não se confunde com a defesa prévia (que não existe mais) nem com a resposta à acusação, que acontece depois.

A defesa preliminar não está prevista no procedimento comum, mas em procedimento especiais. **Somente advogado** pode apresentar essa defesa preliminar.

I. Finalidade da defesa preliminar

CUIDADO com a **defesa ou resposta preliminar**, prevista em **alguns procedimentos iniciais**, tendo como objetivo **impedir ou evitar a instauração de lides temerárias**.

Em regra, o recebimento da peça acusatória não precisa ser fundamentado, salvo quando houver defesa preliminar. Assim, **a defesa preliminar serve para obrigar a fundamentação do recebimento da denúncia** (há um julgado recente do **STJ** nesse sentido).

II. Procedimentos que comportam defesa preliminar

a) Crimes funcionais afiançáveis (Art. 514 do CPP – trata dos crimes mais leves)

Art. 514. Nos **crimes afiançáveis**, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de **quinze dias**.

Parágrafo único. Se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar.

Segundo Pacelli, com o novo procedimento comum ordinário, esse art. 514 perdeu a razão de ser. Em concursos, é melhor ficar com o posicionamento tradicional, de que a norma está em vigor.

b) Tráfico de drogas (art. 55 da lei 11.343/06)

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer **defesa prévia**, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Obs: Por uma falha do legislador, essa defesa foi chamada de prévia, quando na verdade é preliminar.

c) Antiga Lei de Imprensa

d) Juizados especiais criminais (art. 81 da Lei 9.099/95) – Essa lei prevê a defesa preliminar **ORAL** antes de o juiz receber a peça acusatória (a inovação é a oralidade).

Art. 81. Aberta a audiência, **será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa**; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

e) Competência originária dos tribunais (lei 8.038/90);

f) Lei de improbidade administrativa – na verdade, essa lei não possui natureza criminal, e sim natureza cível, mas tem um dispositivo semelhante à defesa preliminar.

III. Conseqüência da inobservância do procedimento da defesa preliminar

Para o **STJ**, trata-se de mera **NULIDADE RELATIVA** a falta de defesa preliminar. Nesse sentido, a súmula 330 afirma que, no caso do funcionário público (art. 514)⁶, se a ação estiver **instruída por inquérito policial é dispensável** o procedimento.

Súmula 330 do STJ - É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial.

Há informativo recente do STJ adotando essa súmula.

⁶ Dos dispositivos citados, o campeão de inobservância é o caso do crime afiançável do funcionário público, pois o juiz comum tende a esquecer, já que julga os crimes comuns, em que não há a necessidade da defesa preliminar.

Para parte da doutrina, essa súmula um absurdo, pois:

- É *contra legem*, já que permite a violação do devido processo legal.
- Viola a isonomia, já que excepciona apenas a hipótese do art. 514 do CPP, e não as demais hipóteses de defesa preliminar (competência originária dos tribunais, *v.g.*).

Essa súmula foi editada por um único motivo: são tantos os questionamentos que chegam ao STJ desse tipo de nulidade, que ele preferiu dizer que a nulidade é relativa, para evitar a anulação de processos inteiros.

Em um primeiro momento, o **STF** entendia que havia **nulidade absoluta** (HC 85.779). Porém, em julgados mais recentes, tem prevalecido a tese de que se trata de mera **NULIDADE RELATIVA**, sendo indispensável, portanto, a comprovação do prejuízo (HC 94.011, HC 97.003 e HC 89.517 – últimos julgados). Cuidado, pois esse tema é meio espinhento.

HC 94011. EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. DEFESA PRÉVIA. CRIME DE CONCUSSÃO COMETIDO COM GRAVE AMEAÇA: INAFIANÇABILIDADE. NÃO-APLICAÇÃO DO ART. 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AMPLA DEFESA EXERCIDA PLENAMENTE. INOCORRÊNCIA DA ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal põe-se no sentido de **não violar o princípio do contraditório e ampla defesa a não-apresentação de defesa prévia (art. 514 do Código de Processo Penal) quando o crime praticado por servidor público é exercido com violência e grave ameaça, por ser inafiançável**. 2. Não se comprovou afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana na espécie. 3. Habeas corpus denegado.

HC 97.003. EMENTA Habeas corpus. Processual penal. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Inobservância do rito do art. 38 da Lei nº 10.409/02. Declaração de nulidade que se justificaria somente se comprovado o efetivo prejuízo. Devido processo legal observado pelos demais meios de defesa. Revogação da Lei nº 10.409/02 pela Lei nº 11.343/06. 1. Presente a realidade dos autos, a alegação de nulidade da ação penal, que decorreria da inobservância do art. 38 da Lei nº 10.409/02, se levado em consideração que o paciente pôde exercer a defesa em sua plenitude, como de fato exerceu, tendo a sentença sido condenatória justamente porque os fatos narrados na denúncia foram confirmados durante a instrução criminal, não tem razão jurídica suficiente para que sejam anulados todos os atos processuais legalmente praticados. 2. **A Lei nº 10.409/02 foi revogada pela Lei nº 11.343/06, não havendo nenhuma utilidade no reconhecimento da alegada nulidade, pois a nova norma aplicável aos crimes relacionados às drogas não mais exige o interrogatório pré-processual**. 3. Habeas corpus denegado.

STF e STJ entendem que se trata de nulidade RELATIVA.

Assim, se não questionada tempestivamente, haverá **preclusão**.

Atualização: Para o STJ, o procedimento do art. 514 se aplica aos delitos previstos no art. 312 a 326 do CP, ou seja, aos crimes funcionais próprios. STJ, RHC 22118.

3.3. Recebimento e rejeição da peça acusatória

I. Recebimento da peça acusatória

a) Momento do recebimento da peça acusatória

Quando surgiu a lei 11.719/08, teve início uma polêmica quanto ao momento do recebimento da peça acusatória, pois essa lei trouxe dispositivos aparentemente incompatíveis, utilizando a expressão “receber” em dois momentos distintos (arts. 396 e 399).

1ª Corrente (MAJORITÁRIA): Com base no art. 396, entende que o recebimento ocorre **logo após o oferecimento** da peça acusatória, desde que não seja caso de rejeição.

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, **oferecida a denúncia ou queixa**, o juiz, **se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á** e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Obs: o art. diz que deve ser ordenada a “citação” justamente porque considera que já houve, nesse momento, o recebimento da peça acusatória.

2ª Corrente (minoritária): O recebimento ocorreria muito depois do oferecimento da peça acusatória, somente depois da verificação da **impossibilidade de absolvição sumária**. Essa corrente funda-se na ordem dos dispositivos do CPP, em especial no art. 399, definindo que o procedimento teria o seguinte rito:

- Oferecimento;
- Após o oferecimento, o acusado seria notificado para apresentar resposta à acusação
- Depois da resposta à acusação, o juiz analisaria a possibilidade de absolvição sumária;
- **Não sendo possível a absolvição sumária, o recebimento da peça ocorre neste momento.**

Art. 396-A. Na **resposta**, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. [...]

Art. 397. **Após o cumprimento do disposto no art. 396-A**, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá **absolver sumariamente** o acusado quando verificar: [...]

Art. 399. **Recebida a denúncia ou queixa**, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Tem prevalecido a **1ª corrente**, pelos seguintes motivos:

- De acordo com o artigo 363 do CPP, “o processo terá sua formação quando realizada a citação do acusado”. Assim, só é possível a citação do acusado se antes tiver ocorrido o recebimento da denúncia (tal como prevê a 1ª corrente).
- Só é possível falar-se em absolvição sumária caso antes tenha havido o recebimento da peça acusatória (e a 2ª corrente defende que o juiz ingressa no mérito, analisar a possibilidade de absolvição sumária, sem antes ter analisado a regularidade formal da peça acusatória).
- A intenção dos autores do anteprojeto da Lei 11.719/08 era criar uma defesa preliminar antes do recebimento da peça acusatória. Porém, o anteprojeto foi alterado no Congresso Nacional, prevendo o recebimento logo após o oferecimento da peça acusatória, de modo a se evitar a prescrição.

Confira-se o STJ:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 396-A DO CPP. LEI nº 11.719/2008. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. MOMENTO PROCESSUAL. ART. 396 DO CPP. RESPOSTA DO ACUSADO. PRELIMINARES. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

I - A par da divergência doutrinária instaurada, na linha do entendimento majoritário (Andrey Borges de Mendonça; Leandro Galluzzi dos Santos; Walter Nunes da Silva Junior; Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto), é de se entender que **o recebimento da denúncia se opera na fase do art. 396 do Código de Processo Penal**.

II - Apresentada resposta pelo réu nos termos do art. 396-A do mesmo diploma legal, não verificando o julgador ser o caso de absolvição sumária, dará prosseguimento ao feito, designando data para a audiência a ser realizada.

III - A fundamentação referente à rejeição das teses defensivas, nesta fase, deve limitar-se à demonstração da admissibilidade da demanda instaurada, sob pena, inclusive, de indevido prejulgamento no caso de ser admitido o prosseguimento do processo-crime.

IV - No caso concreto a decisão combatida está fundamentada, ainda que de forma sucinta.

Ordem denegada. – STJ, HC 138.089, Dje 22/03/2010. Rel. Min. Felix Fischer.

- b) Fundamentação** → De acordo com a **jurisprudência, não é necessário fundamentar o recebimento da peça acusatória**. Em concursos, o ideal é escrever algo assim: “Peça acusatória formalmente regular. Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, recebo a inicial”.
- c) Recurso** → Contra o **recebimento** da peça acusatória não há previsão de recurso. No caso, é possível impetrar **HC** buscando o trancamento do processo.

II. Rejeição da pela acusatória

a) Confronto entre as hipóteses antes da lei 11.719/08 e depois dessa lei

Antes da Lei 11.719/08, as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa estavam no art. 43 do CPP. Vejamos as hipóteses que existiam e as atuais:

Antes da Lei 11.719	Depois da Lei 11.719 (art. 395)
<p>Causas de rejeição:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Fato narrado evidentemente não constitui crime (estava relacionada ao direito material) – faria coisa julgada material. b) Quando estivesse extinta a punibilidade – faria coisa julgada material. c) Ausência das condições da ação – Nessa última hipótese de rejeição, a própria lei dizia, no seu parágrafo único, que, removido o vício, nova pela acusatória poderia ser oferecida. Assim, diferentemente das duas primeiras hipóteses, a decisão faria coisa julgada formal. 	<p>Causas de rejeição:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Inépcia da peça acusatória. b) Ausência de pressupostos processuais ou condições da ação. c) Falta de justa causa – É a existência de um lastro probatório mínimo para o início de um processo penal. <p>Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.</p>

O problema é que o art. 43 do CPP acabava misturando nas hipóteses de rejeição da peça acusatória (que deveriam ser estritamente processuais) com hipóteses de direito material. Isso tinha repercussão na coisa julgada da rejeição.

Se a rejeição houvesse se fundado em aspecto processual, haveria apenas coisa julgada formal, mas se a rejeição se fundasse em aspecto material, haveria coisa julgada formal e material.

Nos dois primeiros casos (fato que não constitui crime ou reconhecimento da extinção da punibilidade) nova denúncia não poderia ser oferecida. Se, contudo, a rejeição estivesse fundada na ausência de condição da ação, seria possível a nova denúncia, se suprida a falta/vício.

Ainda nesse panorama anterior à lei 11.719/08 discutia-se o recurso cabível contra a rejeição da peça acusatória. Alguns doutrinadores (ex.: Paulo Rangel) diziam que rejeição da peça acusatória se distinguia do não recebimento da peça acusatória, embora ambas fossem previstas no revogado art. 43 do CPP.

Diziam eles: o **não recebimento** estaria ligado a **aspectos processuais** (“ausência de condição da ação”), fazendo coisa julgada formal; enquanto a **rejeição da peça acusatória** estaria

relacionada ao **direito material** (“fato que não constitui crime” e “extinção da punibilidade”), fazendo coisa julgada formal e material.

Eles diziam que contra o não recebimento seria cabível o **Recurso** (art. 581, I do CPP), enquanto contra a rejeição caberia **Apelação**.

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:
I - que **não receber a denúncia** ou a queixa;

Depois da lei 11.719/08, esse assunto ficou mais fácil, pois o legislador resolveu colocar como causa de rejeição apenas aspectos ligados ao direito processual (os aspectos materiais passaram a ser objeto de absolvição sumária). Assim, rejeição e não recebimento passaram a ser expressões sinônimas para toda a doutrina.

Destarte, após a lei 11.719/08, pode-se dizer que **o não recebimento e a rejeição são expressões sinônimas**, ligadas, tão-somente, a **aspectos processuais**.

Logo, essa decisão (rejeição) **só** produz **COISA JULGADA FORMAL**, sendo atacada por **RESE**.

Obs: Cuidado para não confundir com a decisão de rejeição da peça acusatória no procedimento da lei 9.099/95, que é recorrida por meio de APELAÇÃO.

b) Causas de rejeição, depois da lei 11.719/08

- **Inépcia da peça acusatória** → Inobservância dos requisitos legais (art. 41): exposição do fato criminoso e qualificação do acusado.

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a **exposição do fato criminoso**, com todas as suas circunstâncias, a **qualificação do acusado** ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a **classificação do crime** e, quando necessário, o **rol das testemunhas**.

Atente: A inépcia ocorre quando os requisitos obrigatórios do art. 41 não forem observados (exposição do fato criminoso e qualificação do acusado). A classificação do crime e a apresentação do rol de testemunhas não são obrigatórios.

O exemplo mais comum de inépcia da peça acusatória é a **exposição deficiente do fato delituoso**. Ex: crime de quadrilha geralmente tem denúncia inepta.

Para a jurisprudência, a inépcia da peça acusatória deve ser **argüida até o momento da sentença**. Uma vez prolatada a sentença, o vício processual deixa de ser da peça acusatória e **passa a ser da própria decisão**.

- **Ausência de pressupostos processuais ou condições da ação**

Lembremos os **pressupostos processuais**:

Pressupostos processuais de existência	Pressupostos de validade
Demanda veiculada pela peça acusatória Jurisdição (competência e imparcialidade do juízo) Partes que possam estar em juízo (<i>legitimatío ad processum</i>)	Estão relacionados à originalidade da demanda, ou seja, à inexistência de coisa julgada ou de litispendência e à ausência de vícios processuais.

A ausência de **condições da ação** penal também fundamenta a rejeição:

- Legitimidade de parte;
- Possibilidade jurídica do pedido;

- Interesse de agir;

A doutrina mais moderna destaca algumas **condições próprias do processo penal**:

- Fato aparentemente criminoso
- Punibilidade concreta
- Legitimidade para agir
- Justa causa → A justa causa sempre foi considerada pela doutrina como uma condição da ação. O fato de o legislador ter destacado a justa causa no art. 395 não a desqualifica como condição da ação. O legislador colocou a justa causa em separado para dar uma ênfase especial para aqueles que consideram que não deve haver justa causa.

➤ **Falta de Justa causa**

É a existência de um lastro probatório mínimo para o início de um processo penal.

Atenção: o **exame pericial** não é indispensável no momento do oferecimento da peça acusatória, podendo ser juntado ao longo do processo. Há algumas exceções, em que a perícia é necessária:

- **Lei de DROGAS** → É necessário o **laudo de constatação**:

Art. 50 da lei 11.343/06. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Para efeito da **lavratura do auto de prisão** em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o **laudo de constatação da natureza e quantidade da droga**, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

- **Crimes contra a PROPRIEDADE IMATERIAL**

Art. 525 do CPP. No caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o **exame pericial** dos objetos que constituam o corpo de delito.

Removido o vício processual, nova peça acusatória pode ser oferecida.

Caso o juiz rejeite a peça acusatória, tendo o MP oferecido RESE, apresentando suas razões recursais, o recurso poderá subir sem contra-razões?

NÃO, o acusado tem interesse que essa denúncia não seja recebida e deve se manifestar. Assim, é indispensável a intimação do denunciado para que constitua **advogado** para apresentar contra-razões ao Rese. Somente diante de sua inércia é que poderá ocorrer a nomeação de **advogado dativo** ou da **defensoria pública**.

Súmula 707 do STF. Constitui **nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões** ao recurso interposto da rejeição da denúncia, **não a suprimindo a nomeação de defensor dativo**.

3.4. Citação do acusado

I. Regra geral

A citação dá ciência ao acusado da existência de um processo contra si, chamando-o para se defender. Ela funciona como materialização dos princípios do contraditório e da ampla defesa:

- **Contraditório** (ciência bilateral), pois, por meio da citação, **comunica-se** o acusado da existência de um processo;

- **Ampla defesa**, pois, através dela, há o **chamamento do acusado** para que possa se defender.

Citação → Ciência bilateral + possibilidade de defesa.

Os vícios relacionados com a citação dão causa a **NULIDADE ABSOLUTA**, pois, segundo Ada Grinover, a citação é a concretização de princípios constitucionais.

Questão (CESPE MPU/2010): Em relação às nulidades do processo penal, é correto afirmar que a coisa julgada convalida todos os vícios ocorridos no curso do processo, salvo a ausência de citação válida. **VERDADE**.

Mas preste muita atenção: Essa nulidade absoluta **pode ser suprida** (convalidada) com o **comparecimento do acusado**.

Art. 570. **A falta ou a nulidade da citação**, da intimação ou notificação **estará sanada**, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.

II. Modalidades de citação

A citação pode ser PESSOAL ou PRESUMIDA.

A citação pessoal é a **regra** no processo penal, sendo executada por **mandado de citação** expedido pelo juiz e cumprido pelo oficial de justiça:

Art. 351. A citação inicial far-se-á por **mandado**, quando o réu estiver no **território sujeito à jurisdição do juiz** que a houver ordenado.

Art. 352. O mandado de citação indicará:

- I - o nome do juiz;
- II - o nome do querelante nas ações iniciadas por queixa;
- III - o nome do réu, ou, se for desconhecido, os seus sinais característicos;
- IV - a residência do réu, se for conhecida;
- V - o fim para que é feita a citação;
- VI - o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer;
- VII - a subscrição do escrivão e a rubrica do juiz.

A citação presumida, **exceção** no processo penal, poderá ser:

- Citação por **edital**;
- Citação por **hora certa**;
- Citação do **inimputável** na pessoa do curador (alguns doutrinadores trazem essa hipótese);
- Citação da **pessoa jurídica** na pessoa de seu representante legal, no caso de crimes ambientais (alguns doutrinadores trazem essa hipótese).

III. Revelia no processo penal

Existe revelia no processo penal, pois caso o acusado seja citado ou intimado pessoalmente ou por edital e deixe de se apresentar, será considerado revel.

Declarada a revelia, o juiz deverá nomear um defensor para patrocinar a defesa técnica, se o réu já não tiver advogado nos autos.

A quem se aplica a revelia?

ATENÇÃO: Antes da lei 11.719/08, somente havia revelia no processo penal em relação ao réu citado **pessoalmente**. Atualmente o mesmo ocorre em relação à **citação por hora certa** (art.

362, p. ún.). Assim, se o indivíduo é citado pessoalmente ou por hora certa e não comparece nem constitui advogado, o juiz deve constituir defensor dativo para patrocinar a defesa técnica.

Nas demais hipóteses de citação (por edital), o não comparecimento NÃO gerará os efeitos da revelia!

O único efeito da revelia no processo penal é a **desnecessidade de intimação** do acusado para a prática dos demais atos processuais (o defensor dativo continua devendo ser intimado), **salvo no caso da sentença condenatória**.

A sentença condenatória é o único ato que exige intimação do acusado revel porque **tanto o advogado quanto o acusado possuem legitimidades autônomas para recorrer**.

Art. 367. O processo **seguirá sem a presença do acusado** que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

Assim, a revelia, no processo penal, não acarreta a pena de confissão nem a inversão do ônus da prova, por conta do princípio da não culpa ou da presunção de inocência.

IV. Citação por edital

É exemplo de uma **citação presumida (ficta)**. Parte-se do pressuposto de que alguém lê edital. As hipóteses de citação por edital antes e depois da lei 11.719/08 eram/são:

Antes da Lei 11.719/08	Depois da Lei 11.719/08
a) Quando o acusado estivesse em local incerto e não sabido – Obs: antes de ser feita a citação por edital, devemos esgotar os meios de localização do acusado.	Hoje, a citação por edital se resume a uma única hipótese: quando o acusado estiver em local incerto e não sabido .
b) Quando o acusado se ocultava para não ser citado (antigo art. 362).	Se o acusado se ocultar , será citado por hora certa , na forma do CPC.
c) Quando o acusado estivesse em local inacessível .	As demais hipóteses foram revogadas. Art. 361. Se o réu não for encontrado , será citado por edital , com o prazo de 15 (quinze) dias.
d) Quando a qualificação do acusado fosse pessoa incerta – era possível a denúncia de pessoa incerta.	Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa , na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Obs: Diante da revogação do art. 363, II do CPC (que previa a citação por edital de pessoa incerta), **já não é possível mais o oferecimento de denúncia contra pessoa incerta**.

A citação por edital só pode ser feita **após esgotadas todas as possibilidades** de localização do denunciado, pois ninguém lê edital⁷.

⁷ Na prática, pede-se ao juiz que expeça ofício às empresas concessionárias de serviço público (telefonia, luz, água) para que indiquem a localização do indivíduo.

A citação por edital depende da análise do art. 366 do CPP, alterado em 1996, que dá ensejo a diversas observações/questionamentos:

Art. 366. Se o acusado, **citado por edital**, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão **suspenso o processo e o curso do prazo prescricional**, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

- a) Requisitos cumulativos para incidência do art. 366 →** O não atendimento da citação pelo réu é chamado de contumácia que, em regra, tem como efeito a incidência do art. 367 do CPP⁸. Só aplica o art. 366 excepcionalmente, quando atendidos seus requisitos:
- a. Réu citado por edital
 - b. Não constituição de advogado pelo réu.
 - c. Não comparecimento

b) Qual é a natureza jurídica desse artigo (norma penal ou processual penal)? O art. 366 conjuga:

- Suspensão do processo – norma processual.
- Suspensão da prescrição – norma material.

Por isso, esse dispositivo traz exemplo claro de **norma de natureza HÍBRIDA/MISTA**.

c) Essa norma retroage? Diante da natureza mista do art. 366, prevaleceu o entendimento de que sua aplicação **somente seria possível aos crimes cometidos após a entrada em vigor da Lei 9.271/96** (pois a suspensão da prescrição seria prejudicial ao réu).

d) Efeitos → Atendidos os requisitos do art. 366, o juiz deve suspender o processo e a contagem da prescrição. Ademais, o juiz pode determinar a produção antecipada de provas urgentes e decretar a prisão preventiva, se for o caso.

e) Antecipação de provas → Ela só deve ocorrer se as provas forem urgentes, pois se antecipar qualquer prova viola o contraditório e ampla defesa do réu.

Súmula 455 do STJ. A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.

f) Qual o prazo de suspensão do processo e prescrição? Essa pergunta já caiu em alguns concursos e é polêmica:

1ª Corrente → Admite-se como tempo máximo de suspensão do processo o **tempo máximo de prescrição** previsto no CP (**20 anos**), após o quê deverá ser declarada a extinção da punibilidade.

2ª Corrente (STJ) → A doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que (i) a suspensão da contagem da prescrição **não pode ser por prazo indeterminado**, pois isso equivaleria a tornar o crime imprescritível e que; (ii) a contagem da prescrição fica suspensa pelo **prazo da prescrição da pretensão punitiva em abstrato** (art. 109 do CP). Esgotado esse prazo, o processo continua suspenso, mas a contagem da prescrição volta a ocorrer⁹.

Súmula 415 do STJ. O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.

⁸ Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

⁹ DICA: Essa corrente *prevalece nos tribunais* e já adotada no concurso do TJ/SP.

Cuidado: da forma como está redigida, a súmula dá a falsa impressão que o prazo de suspensão será o da pena máxima cominada para o crime, mas isso não é essa a interpretação correta.

- 3ª Corrente (STF) →** Em precedentes de 2006 e 2007, decidiu o STF que a suspensão do processo e da prescrição deve perdurar por **prazo indeterminado**. O STF, em duas oportunidades, já se manifestou nesse sentido. Esse posicionamento é um absurdo, pois acaba criando, pela via oblíqua, nova hipótese de imprescritibilidade.

EMENTA: I. Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). "Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição.." (cf. RE 184.093, Moreira Alves, DJ 05.09.97). II. **Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado** - C.Pr.Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96.

1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a **Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr.Penal**.

2. A indeterminação do prazo da suspensão **não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição**, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade.

3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, **sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses**. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, "do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão."

5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição STF, RE 460.971/RS, Dje 13/02/2007. Rel. Min. Sepúlveda Pertence – T1.

- g) Prova testemunhal é urgente?** Prova testemunhal, por si só, não é considerada prova urgente.
- h) A decretação da prisão preventiva é obrigatória? NÃO.** A prisão preventiva a que alude o art. 366 não é obrigatória ou automática, ficando sua decretação condicionada ao atendimento dos pressupostos do art. 312.
- i) Atenção:** apesar da revogação dos §§1º e 2º do art. 366, seu *caput* permanece em pleno vigor.
- j) No novo procedimento comum, a suspensão do processo e da prescrição com base no art. 366 do CPP deve ocorrer após a citação por edital e antes do oferecimento da respostas à acusação.**

Caso prático: Imaginando que o MP ofereça denúncia e o juiz receba a peça acusatória. Em um primeiro momento, o juiz manda citar pessoalmente. Não encontrando o cidadão são realizadas diligências buscando a localização do acusado. Não obtendo êxito as diligências, deve ser determinada a citação por edital. Se o indivíduo não comparecer nem constituir advogado, o juiz deve determinar a suspensão do processo e da prescrição. **ATENÇÃO:** Não se nomeia advogado dativo para continuar o processo, que será suspenso.

Dispositivos que confirmam isso: art. 363, §§1º e 4º do CPP.

Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - (revogado);

II - (revogado).

§ 1º Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital.

§ 4º Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes deste Código.

QUESTÃO (CESPE – MPU/2010): A citação de acusado que esteja no exterior, em local conhecido, deve ser efetuada, conforme a sistemática processual brasileira, por intermédio

de carta rogatória, ordenando-se expressamente a suspensão do processo e o prazo prescricional, até o efetivo cumprimento da ordem judicial. *FALSO, pois não há suspensão do processo e do prazo prescricional na espera pela citação, mas apenas no caso de citação por edital, após a sua realização.*

- k) Art. 396, parágrafo único:** é preciso atentar, pois, no processo penal, havendo citação por edital, o prazo para apresentar defesa só começa a fluir a partir do **comparecimento pessoal** do acusado.

Parágrafo único. No caso de **citação por edital**, o prazo para a defesa **começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado** ou do defensor constituído. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

V. Citação por hora certa

Essa modalidade de citação só existia no Processo Civil, tendo sido introduzida no processo penal no art. 362, por força da Lei 11.719/08.

Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Antes da Lei 11.719/08, o acusado que se ocultava para não ser citado acabava sendo citado por edital. **Dessa manobra fraudulenta** acabava resultando um benefício que lhe era favorável, qual seja, a **suspensão do processo** (não se pode premiar a torpeza de alguém).

a) Pressupostos (cumulativos)

- Que o acusado seja procurado, **por 3 vezes**, em seu endereço e não seja encontrado.
- O oficial deve certificar que há **suspeita de ocultação**.

Antes da Lei 11.719	Depois da Lei 11.719
Acusado ocultava-se para não ser citado pessoalmente, sendo citado por edital , aplicando-se o art. 366, que ensejava a suspensão do processo e da prescrição .	O acusado é citado por hora certa. Se não comparece, ser-lhe-á nomeado advogado dativo seguindo o processo o seu curso normal .

A citação está prevista nos arts. 396-A, §2º e 362, parágrafo único:

Art. 396-A. §2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por **10 (dez) dias**. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o **oficial de justiça certificará a ocorrência** e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - **Código de Processo Civil**. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado **defensor dativo**. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Conseqüências pelo não comparecido do acusado citado		
Citação pessoal	Citação por edital	Citação por hora certa
É a regra. Gera a revelia e a nomeação de defensor dativo.	Aplicável ao réu de localização desconhecida. Gera suspensão do processo e da prescrição. Não gera revelia!	Aplicável ao réu com suspeita de ocultação. Gera a revelia e a nomeação de defensor dativo.

b) Compatibilidade do art. 362 com a Convenção Americana de Direitos Humanos

A CADH (Pacto de San José da Costa Rica) traz a seguinte garantia (art. 8^a, 2, “b”):

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

1ª Corrente → A citação por hora certa é uma espécie de citação presumida. Como **não assegura ao acusado a comunicação prévia e pormenorizada da acusação, é incompatível** com o Pacto de São José da Costa Rica a citação por hora certa (e o prosseguimento do processo). Essa corrente é bem minoritária, mas convém citá-la em provas de **Defensorias**.

2ª Corrente → Por mais que a citação por hora certa seja uma citação presumida, não se pode equiparar a situação do acusado que não é encontrado (o qual é citado por edital) à situação do acusado que deliberadamente se oculta para não ser citado, se modo a impedir o exercício da função jurisdicional. Ninguém pode se beneficiar com a própria torpeza. Não há incompatibilidade: se o acusado, deliberadamente, se furta à citação pessoal, demonstra que tem ciência de que o Estado pretende citá-lo. Portanto, tal citação é plenamente **compatível com o Pacto de São José da Costa Rica**.

c) Direito intertemporal – Citação por hora certa aos acusados que foram citados por edital antes da Lei 11.719/08

Caso: em 22/06/2007 o oficial certifica que o acusado oculta-se para não ser citado. Como ainda não havia entrado em vigor a lei 11.719/08, foi aplicado o procedimento anterior: o acusado foi citado por edital e a ele aplicada a suspensão do processo e da prescrição. Em 22/08/2008 entra em vigor a lei 11.719/08. Será possível fazer nova citação do acusado, mas agora por hora certa, para aplicar o novo procedimento comum (nomeando defensor dativo e continuando o processo)?

1ª Corrente (GUSTAVO BADARÓ) → Se o acusado já foi citado por edital, a citação é **ato perfeito e acabado**. Assim, **não é possível haver nova citação por hora certa**. Só há uma citação por processo.

2ª Corrente (ANDREY BORGES) → O art. 362 deve retroagir no tempo para alcançar os processos em que o acusado havia sido citado por edital em razão de ter se ocultado para não ser citado pessoalmente (cuidado, pois não são todos os casos de citação por edital que vão ensejar a citação por hora certa, mas apenas aqueles que tenha base na suspeita de ocultação do acusado). Isso porque, como a citação por hora certa não prevê a suspensão da prescrição, é norma mais benéfica ao acusado.

3.5. Resposta à acusação (396-A do CPP)

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e **alegar** tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, **especificar as provas** pretendidas e **arrolar testemunhas**, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

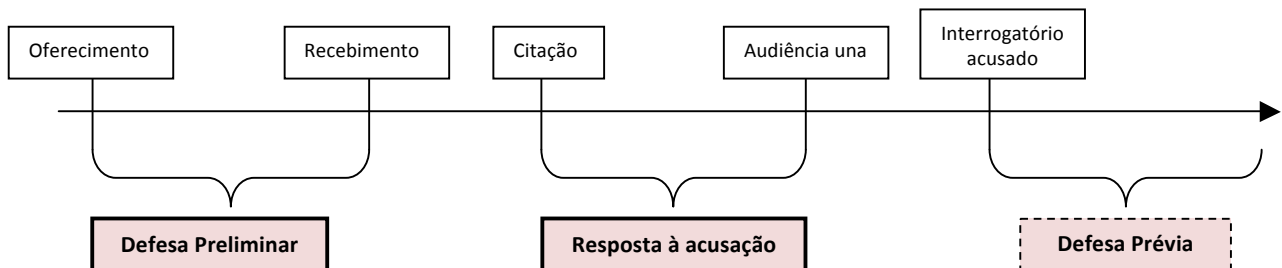
§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

I. Introdução

A resposta à acusação é oferecida pelo acusado **após o recebimento** da acusação, no prazo de **10 dias da citação**. É preciso não confundir essa resposta com os seguintes institutos:

Defesa preliminar	Resposta à acusação	Defesa prévia
<p>Apresentada entre o oferecimento e o recebimento da acusação, visando impedir a instauração de processos temerários.</p> <p>Essa defesa existe apenas em alguns procedimentos especiais: lei de drogas, crimes funcionais afiançáveis, juizados, lei de improbidade e crimes de competência originária dos tribunais.</p>	<p>Prevista no novo procedimento. É apresentada após o recebimento da peça acusatória e depois da citação, porém antes da audiência una de instrução e julgamento.</p> <p>É peça que obrigatoriamente deve ser apresentada por advogado (os tribunais ainda não se manifestaram).</p>	<p>Não existe mais. Era prevista no antigo procedimento (no revogado art. 395).</p> <p>Era apresentada após o interrogatório do acusado.</p> <p>Podia ser apresentada tanto pelo acusado quanto por seu defensor.</p> <p>Não era peça obrigatória (sua ausência não gerava nulidade, mas havia nulidade na não intimação para sua apresentação – STF e STJ).</p> <p>A única relevância dela era apresentar o rol de testemunhas.</p>



Atente: A resposta à acusação **somente pode ser apresentada por ADVOGADO.**

Há doutrinadores dizendo que o acusado também poderia apresentar resposta à acusação, mas isso é temerário, pois lhe falta conhecimento técnico suficiente para o nível de complexidade e importância dessa peça. Prova disso é o art. 396-A, §2º, que diz que o acusado citado que não constitui defensor tem que ter advogado dativo nomeado, pois a nomeação só tem relevância se for para apresentar a resposta à acusação.

II. Conteúdo

O conteúdo da resposta à acusação é composto de:

- Juntada de documentos;
- Argüição de preliminares;
- Especificação de provas pretendidas, inclusive rol de testemunhas;
- Oferecimento de justificações.

III. Observações importantes:

- **Pergunta-se: o que é a “justificação”, aludida pelo art. 396-A, caput?**

Cuida-se de **procedimento cautelar não-contencioso** instaurado com o objetivo de produzir determinada prova oral.

- O acusado pode apresentar testemunhas, mas apenas se estiver previsto no rol de testemunhas (que também deve ser apresentado na resposta à acusação). Se o **rol de**

testemunhas não for apresentado na resposta à acusação, em tese **haverá preclusão**. Registre-se, contudo, que é sempre possível que o juiz admita uma apresentação extemporânea do rol, à luz do princípio da busca da verdade real.

É muito comum o defensor público não conseguir contato com o acusado antes da apresentação da resposta à acusação. Nesse caso, na resposta a acusação deve o defensor dizer ao juiz que não pôde apresentar o rol de testemunhas, para não haver preclusão. Assim, a audiência deixa de seu uma para permitir que o acusado apresente o rol nela e ouça as testemunhas em outra audiência. É possível, também, pedir ao juiz para intimar o acusado no presídio para ele indicar as testemunhas que pretende ouvir. O importante é que não haja violação à ampla defesa do acusado.

- Nos termos do §2º do art. 396-A, “não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”. Conclui-se, pois, que **a apresentação da resposta à acusação é OBRIGATÓRIA**.
- A **ausência de apresentação da defesa prévia** configura hipótese de **nulidade ABSOLUTA**, por violação ao princípio da ampla defesa.

▪ O prazo para apresentação da resposta à acusação é de **10 dias, contados a partir da citação**. Esse prazo será **dobrado** em favor de **defensores públicos e advogados dativos**.

Atenção à Súmula 710 do STF: “no processo penal, **contam-se os prazos da data da intimação**, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem”.

- Se, por acaso, a resposta não for apresentada por advogado constituído, ela será apresentada por **advogado dativo** ou defensor, onde houver.
- No caso de **abandono de processo por advogado**, além de haver infração disciplinar (OAB), o CPP prevê a aplicação de uma **multa de 10 a 100 salários mínimos**. Cf. art. 265 do CPP:

Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 266. A constituição de defensor independerá de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório.

Art. 267. Nos termos do art. 252, não funcionarão como defensores os parentes do juiz.

Obs: em se tratando de audiência, se o advogado simplesmente se ausenta deliberadamente e sem justo motivo, a audiência não será adiada. Neste caso, será nomeado defensor *ad hoc*.

3.6. Oitiva do MP

A oitiva do MP **não está prevista expressamente no procedimento comum** (no procedimento do Júri, sim).

Embora não haja a previsão expressa, para a doutrina a oitiva é necessária quando a defesa apresentar alegações, fatos ou provas/documentos dos quais o MP não tivesse ciência, devendo o **juiz abrir vista dos autos ao MP** antes de analisar a possibilidade absolvição sumária (próximo passo no procedimento), a fim de se preservar o princípio do contraditório.

Assim, a doutrina entende que deve ser aplicado, por analogia, o art. 409 do CPP, previsto para o procedimento do júri, abrindo-se prazo de **5 dias** para oitiva do MP.

Art. 409. Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Não erre: Essa oitiva do MP não ocorrerá em qualquer caso, mas apenas quando são juntados novos documentos, alegados novos fatos etc., em analogia ao procedimento do júri.

Se, *v.g.*, a defesa tiver apenas apresentado rol de testemunhas, não é preciso ouvir o MP.

3.5. Absolvição sumária ou julgamento antecipado da lide (art. 397)

Até 2008, a absolvição sumária só existia no procedimento do Tribunal do Júri. A partir da lei 11.719/2008, a absolvição sumária passa a figurar, também, no procedimento comum.

É preciso atentar, pois a absolvição sumária (ou **julgamento antecipado da lide**, para alguns autores) só possível quando o **juiz tiver certeza** quanto à presença de um dos seus requisitos (deve haver **PROVA INEQUÍVOCA**).

Para absolver alguém sumariamente, o magistrado precisa de uma **prova plena/cabal !!!**

ATENÇÃO: A absolvição sumária aplica-se a todos os procedimentos penais de 1º grau, mesmo que não regulados pelo CPP. Ex: procedimentos especiais de funcionários públicos, lei de drogas, etc. Há doutrinador dizendo que mesmo na Justiça Militar deveria ser aplicada a absolvição sumária (mas não tem sido aplicada na prática).

§ 4º As disposições dos arts. 395 a 398 [tratam da resposta à acusação, rejeição da peça acusatória e absolvição sumária] deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

I. Hipóteses que autorizam a absolvição sumária no procedimento comum

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

- I - a existência manifesta de causa **excludente da ilicitude do fato**;
- II - a existência manifesta de causa excludente da **culpabilidade** do agente, salvo inimizabilidade;
- III - que o fato narrado evidentemente **não constitui crime**; ou
- IV - extinta a **punibilidade** do agente.

Vejamos suas hipóteses:

- a) **Existência manifesta de causa excludente da ilicitude** (tanto as da Parte Geral como as da Parte especial do Código – ex: no caso do aborto)

Para que haja absolvição sumária o juiz deve ter CERTEZA da excludente da ilicitude. Se o juiz, ainda no início do processo, tiver dúvida quanto à excludente de ilicitude, não deverá absolver o acusado sumariamente.

Mas ATENÇÃO: Embora a dúvida quanto à excludente não permita a absolvição sumária, se essa dúvida permanecer na **sentença final do processo**, o juiz deve absolver o acusado – pois para absolver não precisa haver certeza, por conta do princípio do *in dubio pro reo* (art. 386, VI):

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou **mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência**;

b) Existência manifesta de causa excludente da culpabilidade, salvo inimputabilidade;

Não é cabível absolvição sumária fundada em inimputabilidade porque ao inimputável deverá ser aplicada uma medida de segurança (sentença absolutória imprópria). Obviamente, o julgamento antecipado da lide só pode ser adotado para beneficiar o acusado.

Não caia na pegadinha: no procedimento do júri, o inimputável pode ser absolvido sumariamente, desde que esta seja sua **única tese defensiva**. Cf. art. 415, parágrafo único.

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

- I – provada a **inexistência do fato**;
- II – provado **não ser ele autor ou partícipe do fato**;
- III – o fato **não constituir infração penal**;
- IV – demonstrada causa de **isenção de pena ou de exclusão do crime**.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

c) Quando o fato evidentemente não constituir crime;

Esta causa pode se resumir à **atipicidade formal** ou **material** (quando aplicar, v.g., o princípio da insignificância).

d) Quando estiver extinta a punibilidade

O legislador foi repetitivo nessa hipótese, pois não havia necessidade de colocar a extinção da punibilidade como causa de absolvição sumária, pois o art. 61 do CPP já dispõe que: “em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício”.

Essa previsão do legislador pode fazer com que o concursando ache que a decisão que julga extinta a punibilidade tem natureza absolutória. Mas isso está errado. Cuidado para não confundir:

A decisão que julga extinta a punibilidade tem natureza jurídica DECLARATÓRIA, pois por meio dela o juiz simplesmente reconhece que o Estado não tem mais a possibilidade de aplicar sanção penal ao acusado, sem dizer se seria ele culpado ou inocente.

Súmula 18 do STJ. A sentença concessiva do perdão judicial é **declaratória da extinção da punibilidade**, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

II. Absolvição sumária no procedimento do Júri

Procedimento comum	Procedimento do júri
<p>No procedimento comum, a absolvição sumária ocorre após a resposta à acusação e antes da audiência una de instrução e julgamento (daí o nome “julgamento antecipado da lide”).</p>	<p>No júri, por outro lado, a absolvição sumária ocorre ao final da primeira fase do procedimento do júri¹⁰.</p> <p>O procedimento do Júri segue: Oferecimento → Recebimento → Citação → Resposta à acusação → Oitiva do MP → Audiência → Absolvição sumária.</p>

¹⁰ Quando o juiz puderá proferir sentença de pronúncia, despronúncia, desclassificação ou absolvição sumária.

É preciso haver um juízo de certeza (não se aplica o <i>in dubio pro reo</i> na absolvição sumária).	
<p>Hipóteses:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Manifesta causa excludente da ilicitude do fato. ▪ Manifesta causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade ▪ Manifesta atipicidade formal ou material (fato narrado evidentemente não constitui crime), ou ▪ Extinção da punibilidade do agente. 	<p>Hipóteses:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Quando estiver PROVADA a inexistência do fato (exige-se a prova porque já houve a audiência, diferentemente do que ocorre no procedimento comum). ▪ Quando PROVADA a negativa de autoria ou de participação (não ser o acusado autor ou partícipe). ▪ Manifesta atipicidade formal ou material (quando o fato não constituir infração penal)¹¹. ▪ Manifesta causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade, INCLUSIVE INIMIZABILIDADE, mas desde que seja a única tese defensiva.
<p>Aplica-se a todos os procedimentos penais de 1º grau, mesmo que não regulados pelo CPP.</p>	<p>Somente se aplica ao Procedimento do Júri.</p>

a) Situação do inimizável no Tribunal do Júri (Juiz/SC)

No procedimento do júri, diversamente do que ocorre no procedimento comum, o inimizável pode ser absolvido com base na inimizabilidade, mas apenas quando ela for a única tese defensiva. Portanto, havendo outra tese defensiva em relação à qual o juiz não esteja plenamente convencido, caberá a pronúncia do inimizável, para que ele possa tentar receber uma absolvição completa (em vez de uma absolvição imprópria).

Caso: Se o inimizável alegar que estava abrigado pela legítima defesa e o juiz estiver na dúvida da legítima defesa e só estiver convencido da inimizabilidade, não deve absolver sumariamente, mas pronunciar, pois isso é mais benéfico ao inimizável, que poderá ser absolvido totalmente (sem imposição de medida de segurança).

b) Cumulação de absolvição

É possível aplicar a absolvição sumária do procedimento comum também no processo do júri (e aí depois da oitiva do MP haveria possibilidade de absolvição sumária; depois haveria a audiência de instrução e, depois, o juiz poderia de novo analisar a absolvição sumária)? NÃO!

No Tribunal do Júri não se aplica a absolvição sumária do processo comum, pois ele já prevê essa possibilidade, ainda que em momento distinto. Ver art. 394, §3º, que não prevê a aplicação da absolvição sumária, prevista no art. 397, no Tribunal do Júri:

Art. 394, § 3º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento observará as disposições estabelecidas nos arts. 406 a 497 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III. Coisa julgada e recurso cabível

Todas as hipóteses de absolvição sumária fazem coisa julgada formal e material. É interessante notar que o legislador quis deixar as hipóteses de coisa julgada formal para a rejeição da peça acusatória.

Questão (CESPE – MPU/2010): Na atual sistemática processual penal, a absolvição sumária e a rejeição da denúncia têm como finalidade a extinção, de forma antecipada, do processo: no primeiro caso, ocorre o exame de mérito da questão, obstando-se a propositura de nova ação penal acerca dos

¹¹ Ex: a pessoa foi acusada de homicídio e provou na audiência de 1ª fase que houve suicídio.

mesmos fatos; no segundo, enseja-se a declaração de desconformidade com os aspectos formais e indispensáveis à propositura da ação penal e, supridas as exigências legais, poderá a ação ser intentada novamente. *CERTO*.

Como toda e qualquer decisão, aquela que concede a absolvição sumária deve ser **fundamentada**.

O recurso cabível, em regra, tanto para o procedimento comum como para o procedimento do Júri, é o da **APELAÇÃO** (cuidado para não confundir, pois no Júri antes era *Rese*). Se negada a absolvição, é cabível o **HABEAS CORPUS**.

Em relação ao procedimento comum, nas três primeiras hipóteses ninguém duvida que o recurso cabível é o de apelação, mas em relação à absolvição fundada em causa extintiva da punibilidade há discussão.

ATENÇÃO: No caso da decisão que absolve sumariamente, em razão da existência de causa **extintiva da punibilidade**, a doutrina mais atenta entende que o recurso correto seria o **RESE** (já que, a despeito da disposição legal, **não haveria verdadeira absolvição**, mas declaração da extinção da punibilidade).

Em concursos, é melhor defender essa corrente, sustentando que **nem todas as decisões que absolvem sumariamente são atacáveis por apelação, à luz do art. 581, VIII e IX do CPP**.

3.6. Designação de audiência una de instrução e julgamento

- No procedimento **comum ordinário**, essa audiência deverá ocorrer em **60 dias**;
- Já no caso de **procedimento comum sumário**, deverá ocorrer no prazo de **30 dias**;

Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

I. Suspensão condicional do processo

Só é possível suspender o processo se não for causa de absolvição sumária. Por isso, o momento da suspensão no procedimento é a audiência (mas aí nem precisa arrolar testemunhas e continuar a audiência de instrução).

É possível cogitar da **suspensão condicional do processo** no procedimento comum ordinário, desde que a pena *mínima* seja igual ou inferior a 1 ano. A suspensão está prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, aplicável não apenas no âmbito dos juizados.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, **ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos**, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Dica: a suspensão condicional do processo é melhor que a transação penal: enquanto a transação exige o cumprimento de pena restritiva de direitos, a suspensão exige apenas o cumprimento de algumas condições.

Cabe a suspensão condicional do processo no crime do art. 5º da Lei 8.137/90 (Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa)?

SIM. Para o Supremo, mesmo que a pena mínima cominada seja superior a 1 ano, **cabará a suspensão** condicional do processo quando a **pena de multa estiver cominada** de maneira alternativa.

O que acontece no caso de recusa do oferecimento da proposta de suspensão pelo MP?
Aplica-se, por analogia o art. 28 do CPP.

Quando da criação da Lei 9.099, muitos doutrinadores passaram a dizer que essa suspensão seria direito subjetivo do acusado. Não é o que prevalece. Hoje, é ponto pacífico que “reunidos os pressupostos legais da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, **o juiz, se não consentir, remeterá ao PGJ, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP**” (Súmula 696 do STF).

Questão (CESPE – MPU/2010): O benefício da suspensão condicional do processo previsto na lei dos Juizados Especiais (lei nº. 9.099/95) consiste em um direito público e subjetivo do autor do fato, segundo o entendimento do STF. *FALSO*.

E mais: suspenso o processo é possível a impetração do HC? SIM.

Segundo entendimento jurisprudencial, **mesmo estando o processo suspenso, é cabível o HC**, buscando o trancamento do processo (até porque, descumprida uma condição, ele será retomado).

II. Princípio da oralidade

Ao prever uma audiência una de instrução e julgamento, o legislador inseriu no procedimento comum o PRINCÍPIO DA ORALIDADE, de que brotam os seguintes efeitos imediatos:

- a) **Concentração** → Consiste na redução do procedimento, visando à proximidade entre a data do crime e a data do julgamento.
- b) **Imediatidade** → Obriga o juiz a ficar em contato direto com as partes e com as provas.
- c) **Irrecorribilidade das decisões interlocutórias** → Se a audiência é una, não pode ser paralisada para recurso das decisões interlocutórias (especialmente as ligadas à prova). Apesar de as decisões interlocutórias serem irrecorribíeis, nada impede que eventual cerceamento da defesa seja abordado em preliminar de apelação ou em *habeas corpus*.
- d) **Princípio da identidade física do juiz** (outrora previsto só no processo civil) → De acordo com o art. 399, §2º, o juiz que acompanhou/presidiu a instrução deve proferir sentença. Embora o CPP não preveja qualquer exceção ao princípio, a doutrina processual penal já vem admitindo a **aplicação subsidiária do art. 132 do CPC**:

Art. 132 do CPC - O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, **salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado**, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único - Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

O princípio da identidade física do juiz impede a expedição de carta precatória? Esse princípio é incompatível com a oitiva por vídeo conferência? NÃO!

Esse princípio **não exige um contato físico com o juiz a quo**. Não se pode cercear o direito de o acusado ser ouvido, pelo simples fato de ele não poder se deslocar à comarca onde o

processo tramita. É possível, por exemplo, deprecar o interrogatório (que é meio de defesa). O princípio da identidade física do juiz **não é incompatível com a expedição de cartas precatórias**, seja para ouvir o acusado, seja para ouvir testemunhas de acusação e de defesa.

Lembrar sempre que o princípio da identidade física é um princípio processual, que não pode gerar violação ao direito material do acusado de defesa.

O DIREITO DE AMPLA DEFESA, previsto no art. 5º, LV da CF, é dividido em:

Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

- **Defesa técnica** → É aquela patrocinada por profissional da advocacia (dativo e defensor também). Essa defesa técnica é **IRRENUNCIÁVEL** (leia-se: mesmo que tenha conhecimentos jurídicos, o acusado não pode abrir mão de ser defendido por advogado). O juiz é obrigado a prover a defesa técnica do acusado.

Art. 261 do CPP. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

Cuidado com a Súmula 523/STF: “no processo penal, a falta da defesa constitui **NULIDADE ABSOLUTA**¹², mas a sua deficiência só o anula se houver prova de prejuízo para o réu”¹³. A “falta da defesa” não é só a falta de advogado, mas também a atuação de um “advogado tabajara”.

O pedido de absolvição não é obrigatório. O advogado deve pedir a absolvição apenas se for possível. Nos casos em que a absolvição não for possível, o advogado deverá tentar melhorar a situação do cliente (pedido causa de diminuição de pena, conversão em restritiva de direito etc.).

E não erre: O **direito de constituir defensor pertence ao acusado** e não ao juiz (a nomeação de dativo pelo juiz pressupõe prévia intimação do acusado e inércia deste).

Um mesmo advogado pode defender dois acusados no mesmo processo, salvo se as teses forem colidentes, hipótese em que serão necessários dois advogados.

Existe direito à ampla defesa também no processo administrativo. Nessa ampla defesa não está abrangido o direito à defesa técnica (Súm. Vinc. 5). O STF entende que no processo administrativo do administrado a ampla defesa abrange os direitos **(i)** à informação (dos atos e decisões), **(ii)** de reação (apresentar defesa de defesa, embora não necessariamente por advogado) e **(iii)** de ter sua tese defensiva apreciada pelo julgador.

- **Autodefesa** → É a defesa exercida pelo próprio acusado, sendo **RENUNCIÁVEL**. Manifesta-se de 3 formas:

- **Direito de presença** – o acusado tem direito de acompanhar os atos da instrução processual, auxiliando seu advogado.

No caso de carta precatória, o acusado tem direito de estar presente no juiz deprecado? Há julgados de Celso de Mello e Marco Aurélio entendendo que problemas estatais não justificam a violação do direito de presença do acusado, mas não é o que prevalece. Para o STF, se o acusado não manifestou expressamente sua intenção de participar da audiência no juízo deprecado, não haverá qualquer nulidade (RE 602.543).

Esse direito de presença pode ser exercido de maneira direta ou com presença remota (por meio da videoconferência).

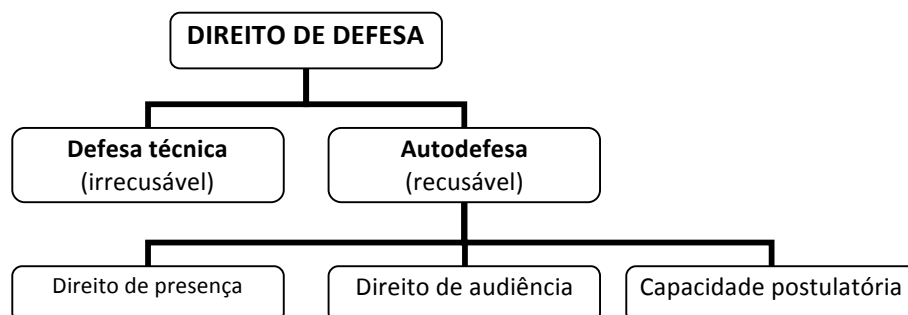
¹² Como diz Ada Pellegrini, a violação de garantias constitucionais não deixa espaço para meras irregularidades.

¹³ Se quando saiu a publicação o advogado estava morto, não há defesa técnica.

O direito de presença **não é absoluto**. O próprio CPP prevê que o juiz pode determinar a retirada do acusado da sala de audiência, se houver constrangimentos ou ameaças.

Obs: A oitiva de **testemunha vulnerável** deve adotar procedimento diferente adequado à sua condição – pessoas que estão sendo ameaçadas, idosos ou crianças.

- **Direito de audiência** – Direito de ser ouvido pelo juiz, a fim de que possa apresentar sua versão sobre os fatos delituosos. O interrogatório é hoje considerado pela maioria da doutrina como **meio de defesa**, pois permite o exercício do direito de audiência (sendo o último ato da instrução).
- **Capacidade postulatória autônoma** – O acusado tem direito de praticar determinados atos: **(i)** interpor recursos, **(ii)** impetrar *habeas corpus* e **(iii)** provocar incidentes da execução. Não pode o acusado ficar peticionando nos autos.



III. Ordem dos atos processuais na audiência una de instrução e julgamento

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de **60 (sessenta) dias**, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos **dos peritos**, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de **prévio requerimento** das partes. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Confira-se a ordem:

- a. Declarações do ofendido
- b. Inquirição de testemunhas
- c. Esclarecimento dos peritos;
- d. Acareações;
- e. Reconhecimento de pessoas e coisas;
- f. Interrogatório.

Recurso mnemônico: **DIE ARI**
 (“**morra, Ari**”, em inglês).

a) Oitiva do ofendido

É possível a condução coercitiva do ofendido? **SIM.**

A vítima pode ser conduzida coercitivamente para oitiva, se não comparecer na audiência. O CPP não prevê sanções penais e multas em relação ao ofendido que não comparece. Mas lembre que a vítima não pode ser obrigada a realizar exame de corpo de delito.

Diz o CPP que o ofendido e o acusado deverão ficar em locais separados na audiência.

Hoje, o CPP prevê que o ofendido receberá comunicações eletrônicas quanto aos atos, inclusive quanto à soltura do acusado.

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido **poderá ser conduzido à presença da autoridade**. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º O **ofendido será comunicado dos atos processuais** relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de **meio eletrônico**. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, **a expensas do ofensor ou do Estado**. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à **preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido**, podendo, inclusive, determinar o **segredo de justiça** em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

O art. 201, §5º do CPP deve ser interpretado da seguinte forma: como não há ainda condenação, deve-se pensar em medidas cautelares de seqüestro e arresto para o pagamento dessas expensas, se o réu for condenado.

b) Inquirição das testemunhas de acusação e de defesa

As testemunhas são (DECORAR):

- Procedimento ordinário → **8**.
- Procedimento sumário → **5**.
- Procedimento sumaríssimo → **3**.
- 1ª fase do procedimento do júri → **8**.
- 2ª fase do procedimento do júri (sessão de julgamento) → **5**.
- Lei de drogas → **5**.
- Procedimento ordinário do CPPM → **6**.

O momento processualmente correto para a acusação arrolar testemunhas é a **denúncia ou queixa**. Por isso, o assistente de acusação (a vítima), que entra no processo depois que ele já teve início, tecnicamente não poderia arrolar testemunhas. Apesar disso, a doutrina entende que, desde que não exceda o número legal, o assistente pode indicar testemunhas ao juízo (o juiz ouviria como testemunhas do juízo).

O momento processualmente correto para a defesa arrolar testemunhas é a **resposta da acusação**. Se esquecerem, deve-se pedir ao juiz para chamar as testemunhas como testemunhas do juízo, em razão do princípio da busca da verdade.

As testemunhas que não comparecem podem ser conduzidas coercitivamente e sofrem sanções penais e multa.

Questões:

- **Substituição de testemunhas** → Fique atento, pois os artigos que tratavam da substituição de testemunhas (arts. 405 e 397 do CPP) foram revogados. Diante disso, o STF entendeu que **deve ser aplicado o art. 408 do CPC**, de forma subsidiária (AP 470).

Obs: Não há direito de substituição das testemunhas se ele for utilizado de forma fraudulenta (quando, não tendo nome de testemunhas, o advogado inventa outras para depois substituí-las, quando não encontradas).

- **Desistência da oitiva de testemunhas** → É possível a desistência inclusive durante o curso da audiência, salvo se o depoimento já teve início.

Obs: Às vezes, o advogado de defesa arrola as mesmas testemunhas da acusação, o que, em tese seria estranho. Na verdade, isso ocorre para que não seja possível a desistência da oitiva, já que, neste caso, ambas as partes devem concordar com isso.

ATENÇÃO: No **Tribunal do Júri**, uma vez instaurada a sessão, a desistência depende da concordância da parte **contrária**, dos **jurados** e do **juiz-presidente**.

- **Incomunicabilidade** → Segundo o art. 210, antes da audiência e durante a sua realização serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas, para garantia da eventual acareação. Não é possível a fiscalização dessa incomunicabilidade fora do juízo (pois ela não tem o mesmo valor da incomunicabilidade dos jurados).
- **Sistema de colheita do depoimento** → Antes da reforma processual, era adotado o **sistema presidencialista**, segundo o qual as perguntas eram formuladas por intermédio do juiz (o juiz perguntava primeiro e depois as partes perguntavam ao juiz que repassavam ao advogado).

Com a reforma e a lei 11.609/2008, o sistema presidencialista foi substituído, no art. 212 do CPP, pelo **SISTEMA DO EXAME DIRETO E CRUZADO**, segundo o qual as perguntas serão formuladas pelas partes **diretamente à testemunha**. O juiz não mais começa as perguntas, somente inquirindo as testemunhas de forma suplementar (pois o sistema acusatório define que o juiz só pode produzir prova durante o processo e sempre de maneira subsidiária).

Obs: Costuma-se chamar esse sistema de *cross examination*, o que não está tecnicamente correto, já que o *cross examination* abrange apenas o exame cruzado, que ocorre nas perguntas da parte contrária, mas não o exame direto (realizado por quem arrolou a testemunha, que pergunta primeiro).

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes **diretamente à testemunha**, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Magalhães Gomes Filho afirma que o sistema do *cross examination* pode ser dividido em:

- Cross examination as do facts*** – É o exame cruzado em relação aos fatos delituosos.
 - Cross examination as to credit*** – É o exame cruzado relacionado à credibilidade da testemunha, o que pode influir no valor probatório do seu depoimento.
- **Qual a consequência da inobservância do sistema do exame direto e cruzado das testemunhas (se, por acaso, o juiz perguntar diretamente às testemunhas, ignorando o art. 212)?**

Se houver concordância das partes com a não observância do sistema do exame direto e cruzado (constando na ata de audiência), não há nulidade, pois não se pode argüir nulidade a quem haja dado causa nem a quem haja anuído.

Se as partes não concordarem, há divergência sobre a consequência. Prevalece, todavia, haver **nulidade relativa**. O STF (no HC 103.525) entendeu que se trata de **nulidade relativa**.

- **É possível a inversão da ordem das testemunhas?** → As testemunhas da defesa são ouvidas sempre por último (art. 400). Para a doutrina, **não é possível a inversão da ordem**, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Mas atente: para a jurisprudência, eventual inversão da ordem é causa de **NULIDADE RELATIVA**, sendo indispensável a comprovação de prejuízo. Para o STJ, caso haja inversão da ordem com a **concordância do advogado, não haverá nulidade**. Julgados: STF, HC 75.345 e STJ, RHC 1782.

TESTEMUNHAS - DEFESA E ACUSAÇÃO - INVERSÃO. Se de um lado é certo que as testemunhas da acusação devem ser ouvidas antes das da defesa, de outro não menos correto é que a **nulidade decorrente da inobservância desta ordem pressupõe prejuízo**. Havendo as testemunhas da defesa declarado desconhecer o acusado, descabe falar em prejuízo. INTIMAÇÃO - CARTA PRECATÓRIA - JUÍZO DEPRECADO. **A intimação quanto à expedição da carta não supre a necessidade de a defesa ser cientificada para os atos a serem praticados no juízo deprecado** (Precedente: habeas-corpus nº 73822-2/PB, Segunda Turma, Diário da Justiça de 31 de outubro de 1996 e Revista Jurídica nº 231, janeiro de 1997, página 120). Embora a formalidade seja essencial à valia do ato, não se há de proclamar nulidade quando inexistente o prejuízo. SENTENÇA - FUNDAMENTAÇÃO. Exsurge fundamentada a sentença quando analisados os elementos probatórios relativos à materialidade e à autoria do crime perpetrado.

Inobservância do sistema do exame direto e cruzado	Inversão das testemunhas
Nulidade relativa .	Nulidade relativa .

O art. 400 dispõe que a oitiva das testemunhas deve ser nessa ordem, ressalvada a hipótese do art. 222, que trata da oitiva de **testemunhas de fora da terra**, ou seja, com expedição de carta precatória. Isso decorre do fato de que a expedição de carta precatória **não suspende a instrução criminal**, o que acaba gerando uma inversão na ordem das provas.

Pelo §2º, se o juiz fixou prazo razoável para o retorno da precatória e ele expirou, ele pode julgar o processo sem problema. Parte da doutrina entende que esta norma **viola o direito à prova**, pois, mesmo que por carta precatória, a parte tem direito à oitiva e valoração da prova testemunhal.

Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, **com prazo razoável, intimadas as partes**.

§ 1º A expedição da precatória **não suspenderá a instrução criminal**.

§ 2º Findo o prazo marcado, **poderá realizar-se o julgamento**, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

As partes devem ser intimadas obrigatoriamente da expedição da carta precatória, mas quanto à data da audiência da oitiva pelo juízo deprecado não há obrigatoriedade da intimação das partes.

Para o STF, a ausência da intimação da expedição da carta precatória é caso de **nulidade relativa**.

Súmula 273 do STJ. Intimada a defesa da expedição da carta tona-se desnecessária a intimação da data da audiência no juízo deprecado.

Súmula 155 do STF. É relativa a nulidade do processo criminal por falta da intimação da expedição da precatória para inquirição de testemunha.

c) **Esclarecimentos dos peritos**

Tais esclarecimentos dependem de **prévio requerimento das partes**. Cuidado com o plural colocado no art. 400: em havendo **perito oficial, um só** será suficiente; se inexistir perito oficial, serão necessários **dois peritos** juramentados. Cf. art. 159, §5º:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com **antecedência mínima de 10 (dez) dias**, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

O perito pode ser ouvido:

- **Pessoalmente** ou;
- Prestar os **esclarecimentos por escrito**.

Em qualquer caso, deverá ser intimado com antecedência mínima de **10 dias**, para que possa analisar os questionamentos formulados.

d) Acareações

Cuida-se de ato inútil, já que ninguém volta atrás do que disse. Confira:

Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

Art. 230. Se ausente alguma testemunha, cujas declarações diverjam das de outra, que esteja presente, a esta se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se subsistir a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde resida a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta e as da testemunha presente, nos pontos em que divergirem, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. **Esta diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente.**

A testemunha, depois de ouvida, pode ir embora? NÃO, para garantir às partes o direito à acareação.

e) Reconhecimento de pessoas/coisas

f) Interrogatório do acusado

Além de importante meio de prova, o interrogatório funciona atualmente como **meio de defesa**. O fato de o interrogatório ser o último ato da audiência de instrução (na Justiça Militar, é o primeiro) traz grandes benefícios ao acusado, que pode direcionar sua história ou fazer valer seu direito ao silêncio.

Importante: em relação aos processos cuja instrução criminal já estivesse concluída em 22.08.2008, não seria necessário realizar novo interrogatório. Contudo, se, após a entrada em vigor da Lei 11.719, ainda **não tivesse ocorrido o encerramento da instrução, novo interrogatório deverá ser realizado**, por se tratar de norma processual material.

g) Fase de diligências

Com a lei 11.719/08, o pedido de diligências deve ser feito na própria audiência:

Antes da Lei 11.719	Depois da Lei 11.719
Antes da Lei 11.719, a fase de diligências era feita por escrito : as partes tinham vista dos autos, para que pudessem pedir diligências, havendo uma	Não há mais uma fase (não há vista dos autos), mas um pedido de diligências , a ser formulado na própria audiência.

fase autônoma.	
----------------	--

Essas diligências devem estar relacionadas a algo que se tornou necessário **durante o curso da instrução do processo** (uso complementar, relacionado a **fatos apurados na instrução**). Não se pode, *v.g.*, pedir para juntar documentos dos quais o requerente já tinha ciência mesmo antes do processo.

“Deve-se ter em mente que esta etapa da audiência é verdadeiramente complementar, viabilizando-se o pleito de diligências de caráter probatório, até então não cogitadas pelas partes, e que vão se destinar ao esclarecimento da verdade, já que tais circunstâncias afloram do manancial probatório que acaba de ser produzido. Se a diligência já poderia ter sido requerida, e não o foi por displicência da parte, não deverá ser deferida.” (Nestor Távora).

O pedido de diligências pode ser **indeferido** pelo magistrado em três hipóteses:

- **Prova irrelevante** → Apesar de **tratar do objeto da causa**, não possui aptidão de influir no julgamento da causa. Ex: acareação por precatória.
- **Prova impertinente** → Não diz respeito a questão discutida no processo;
- **Prova protelatória** → Visa exclusivamente ao retardamento do processo.

Muito cuidado em relação a esse indeferimento: o juiz deve tomar cautela, para não violar o princípio da ampla defesa. Há vários julgados entendendo que “o juiz não é dotado de poderes advinhatórios” para saber de antemão o grau de relevância daquela prova, notadamente em se tratando de prova testemunhal. Cf. arts. 402 e 403 do CPP:

Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos **apurados na instrução**. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

h) Alegações orais

- **Regra** → Antes da Lei 11.719, no revogado art. 500, essas alegações eram sempre por escrito, sendo vulgarmente conhecidas como “alegações finais”. A partir da nova Lei, a regra é que as alegações sejam **orais**. Atualmente, cada parte tem direito a **20 minutos, prorrogáveis por mais 10 (máximo de 30 minutos, portanto)**.

Art. 403 do CPP. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Caso haja assistente de acusação, ele terá direito a **10 minutos** e, nesse caso, o advogado de defesa terá mais 10 minutos. Isso está no art. 403, §1º.

Depois das alegações orais, o juiz deveria proferir sentença oral. Na prática, o juiz pontua prazo para proferir sentença.

- **Exceção** → Por via de exceção, é possível que o magistrado admita a apresentação de **memoriais (alegações escritas)**, no prazo de **5 dias**. As alegações orais darão lugar aos memoriais nos seguintes casos:

- Quando houver deferimento de pedido de diligências.
- Diante da complexidade da causa e/ou pluralidade de acusados.

Havendo apresentação de memoriais, o juiz terá mais 10 dias para proferir sentença.

- **Falta de memoriais** → Pode o juiz julgar sem a apresentação de memoriais? Qual a consequência da não apresentação de memoriais? Depende de quem deixou de apresentá-los:

MP	Para alguns autores, essa não-apresentação seria uma tentativa de desistência da ação penal . Como a desistência da ação penal pública não é possível (diante do princípio da indisponibilidade), cabe ao juiz aplicar o art. 28 do CPP .
Querelante	Quando não há pedido de condenação por parte do querelante, ocorre a perempção (extinção da punibilidade) ¹⁴ – isso em crimes de ação penal privada e personalíssima, se for subsidiária, volta a ação para o MP.
Defesa	<p>ATENÇÃO: É causa de nulidade absoluta o julgamento sem memoriais de defesa, por violar o princípio da ampla defesa.</p> <p>Súmula 523 do STF. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.</p> <p>Se não há apresentação de memoriais, é como se o réu estivesse indefeso.</p> <p>Obs: diante da não apresentação de memoriais, deve o juiz intimar o acusado para que constitua novo advogado, sob pena de, não o fazendo, ser-lhe nomeado defensor público ou advogado dativo¹⁵.</p> <p>No caso de abandono do processo pelo advogado, o CPP previu a possibilidade de aplicação de multa de 10 a 100 salários mínimos, sem prejuízo das sanções junto à OAB.</p> <p>Art. 265 do CPP. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente ao juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.</p>

3.7. Sentença

A regra geral é que essa sentença seja proferida **em audiência**. Por exceção, a sentença será proferida **após a audiência**, caso em que o magistrado terá o prazo de 10 dias (art. 403, §3º).

3.7.1. Princípio da correlação e da consubstanciação → *Mutatio e emendatio libelli*

É preciso destacar as alterações produzidas pela nova legislação, no tocante à *emendatio e mutatio libelli*. Ambos os institutos estão ligados aos **princípio da correlação entre acusação e sentença e da consubstanciação**, desdobramento da garantia do contraditório e da ampla defesa, que pode ser assim conceituado:

Princípio da correlação entre acusação e sentença → A sentença deve guardar plena consonância com o fato descrito na denúncia ou na queixa, não podendo dele se afastar, sob pena de indevida surpresa ao acusado e violação aos princípios do contraditório e ampla defesa e do sistema acusatório¹⁶.

¹⁴ Pode, inclusive, configurar abandono do processo.

¹⁵ Não pode o juiz já nomear o dativo pois o direito de constituição de advogado é do réu.

¹⁶ Para aprofundar o princípio da correlação, ver obra de Badaró, da USP.

Princípio da consubstanciação → O réu defende dos fatos descritos na denúncia ou na queixa-crime e não da capitulação.

I. *Emendatio libelli*

Ocorre quando o juiz, **sem modificar a descrição do fato** contida na peça acusatória, **atribui-lhe qualificação jurídica diversa**, mesmo que tenha que aplicar pena mais grave.

Exemplo prático: a denúncia narra um furto qualificado pela fraude (pena de 2 a 8 anos). Contudo, nessa mesma denúncia, na hora da classificação, o membro do MP equivoca-se, classificando o delito como estelionato (pena de 1 a 5 anos de reclusão). Surge, então, o questionamento? No momento da sentença, poderá o magistrado condenar pelo furto ou ficará preso pela classificação apresentada?

No processo penal, o acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados, não ficando o juiz vinculado à qualificação jurídica da denúncia. Logo, no caso concreto, é perfeitamente possível que o juiz, **na SENTENÇA**, condene o acusado pela prática de furto qualificado pela fraude, havendo a chamada *emendatio libelli*.

Obs.: doutrina e jurisprudência têm admitido a *emendatio* antes da sentença, de forma excepcional, havendo a correção do enquadramento típico logo no ato de recebimento da denúncia ou queixa, **mas apenas para beneficiar o réu ou para permitir a correta fixação da competência ou do procedimento a ser adotado**.

Prevalece o entendimento de que, no processo penal, o acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados, pouco importando a classificação. Há doutrinadores que entendem contrário.

Dispõe o art. 383 do CPP:

Art. 383. O juiz, **sem modificar a descrição do fato** contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe **definição jurídica diversa**, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, **a este serão encaminhados os autos**. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Existem três modalidades de *emendatio*, segundo Norberto Avena: *emendatio libelli* por **defeito de capitulação na denúncia**¹⁷; por **interpretação diferente**¹⁸; e por **supressão de circunstância**. Nessa última hipótese há MODIFICAÇÃO DOS FATOS, mas não para acrescentar e sim para subtrair circunstâncias do fato descrito por falta de provas.

Norberto Avena aponta que na *mutatio* a mudança fática ocorre sempre com acréscimo de fato, enquanto na *emendatio* é possível a mudança fática pela exclusão de fatos.

- Comentário ao *caput*: A *emendatio* pode ocorrer tanto em crime de ação penal pública como privada.
- Segundo Avena, a decisão que desclassifica o crime (realiza a *emendatio*) é uma **DECISÃO DEFINITIVA, apelável**¹⁹. Transitada em julgado, deverá o juiz ordenar a remessa do processo.

¹⁷ O juiz profere sentença condenatória ou decisão de pronúncia em conformidade exata com o FATO descrito na denúncia/queixa, enquadrando-o em outro dispositivo penal.

¹⁸ O juiz realiza interpretação diferente da que fez o MP ou querelante quanto ao enquadramento da conduta narrada.

¹⁹ Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;

- Comentário do §1º: Se, em virtude da *emendatio libelli*, perceber o juiz que o crime tem **pena mínima igual ou inferior a 1 ano**, não deve sentenciar, mas sim tem o **dever** de aplicar o art. 89 da Lei dos Juizados, proferindo **DECISÃO INTERLOCUTÓRIA** para abrir vista ao MP para que, se assim entender, formule proposta de **suspensão condicional do processo** (pois o juiz não pode conceder esse benefício de ofício). Merecem atenção as Súmulas **337/STJ** e **696/STF**:

Súmula 337 do STJ - É cabível a suspensão condicional do processo na **desclassificação do crime** e na **procedência parcial** da pretensão punitiva²⁰.

Súmula 696 do STF - Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

- Comentário do §2º: Se, em virtude da *emendatio libelli*, perceber o juiz que o crime é infração de **menor potencial ofensivo**, remeterá os autos ao Juizado.
- **É possível emendatio em segunda instância**, atendendo ao princípio da *non reformatio in pejus*, quando o recurso é exclusivo da defesa. **ATENÇÃO**: No caso de recurso exclusivo da defesa, o tribunal não poderá agravar a situação do acusado, alterando a classificação jurídica para reconhecer crime mais grave, sob pena de violar o princípio da *non reformatio in pejus*.

II. Mutatio libelli

Ocorre quando, durante o curso da instrução processual, **surge PROVA de elementar ou circunstância não contida na peça acusatória**. Nessa hipótese, não é possível que o acusado seja de pronto condenado, sob pena de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do sistema acusatório (que determina a inércia da jurisdição), da correlação entre acusação e sentença e da consubstanciação. A fim de se evitar a violação desses princípios, deve ocorrer a *mutatio libelli*, com o conseqüente **aditamento da peça acusatória pelo MP e posterior oitiva da defesa**.

Ex: fato narrado teria sido delito de furto simples (acusado denunciado pelo art. 155, *caput*) enquanto que, na instrução, fica caracterizado/provado o uso da violência. Pergunta-se: poderá o magistrado condenar diretamente pelo crime de roubo? Não, sob pena de violar a ampla defesa, contraditório, a correlação entre acusação e defesa e o próprio sistema acusatório (condenando sem pedido expresso).

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível **nova definição jurídica do fato**, em conseqüência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, **o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias**, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de AÇÃO PÚBLICA, **reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente**. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º **Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código**. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º **Ouvido o defensor** do acusado no prazo de 5 (cinco) dias **e admitido o aditamento**, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, **designará dia e hora para continuação da audiência**, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1o e 2o do art. 383 ao *caput* deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar **até 3 (três) testemunhas**, no prazo de 5 (cinco) dias, **ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento**. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 5º **Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá**. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Emendatio libelli	Mutatio libelli
--------------------------	------------------------

²⁰ Procedência parcial pode acontecer quando a denúncia era de furto qualificado e a condenação é de furto simples, *v.g.*

Definição jurídica diversa	Nova definição jurídica do fato
----------------------------	---------------------------------

- **Provocação do MP para aditamento** → O MP deve ser provocado pelo juiz para fazer o aditamento ou deve fazê-lo espontaneamente?

A redação antiga do CPP previa a provocação do *mutatio libelli*. O próprio juiz deveria baixar o processo, para que o MP aditasse a denúncia, o que acabava comprometendo a imparcialidade do magistrado, que expunha pré-julgamento. Com a Lei 11.719/2008, o aditamento passou a ser **espontâneo**: fica a cargo do MP prestar atenção ao caso e aditar a denúncia ou queixa (esta, somente na hipótese de ação privada **subsidiária da pública**).

O não atendimento do prazo de 5 dias pelo MP não implica em preclusão. Se o aditamento espontâneo não for realizado pelo MP, caberá ao juiz aplicar o art. 28 do CPP.

- **O que ocorre se o MP se recusa a fazer o aditamento?** Caso não haja aditamento da peça acusatória pelo promotor e nem pelo Procurador-Geral (após aplicação do art. 28 do CPP), o juiz nada poderá fazer, senão **absolver** o acusado, caso entenda que a imputação originária não foi comprovada.

Obs: A sentença absolutória em razão do não aditamento não impede nova denúncia pela prática do crime pelo qual o juiz pretendia a *mutatio* (ex: roubo), pois a coisa julgada circunscreve-se aos limites da imputação (no ex. dado: furto).

- **Oitiva do defensor** → Segundo regramento do art. 384, o MP terá o prazo de **5 dias** para fazer o aditamento, tendo a defesa também o prazo de **5 dias** para se manifestar sobre ele. Essa oitiva do defensor será semelhante à defesa preliminar (e não à resposta à acusação), pois seu objetivo principal é atacar o aditamento em si (que não há justa causa para sua realização, *v.g.*).
- **Recebimento do aditamento** → Após a oitiva do defensor, o juiz analisa se recebe a peça acusatória ou se a rejeita.

A rejeição do aditamento é semelhante à rejeição da peça acusatória. Portanto, o recurso cabível é o **RESE** (art. 581, I do CPP). Mas **ATENÇÃO** para a exceção: Caso a rejeição ocorra na própria audiência, proferindo-se sentença em seguida (no caso de audiência una, se o aditamento é oral, a defesa se pronuncia oralmente e, não sendo necessário mais provas, o juiz encerra a instrução e passa para as alegações finais), o Rese será absorvido pela **Apelação**. Assim, a rejeição ensejará **APELAÇÃO**, e não Rese.

Se o juiz admite o aditamento, será designada, a requerimento de qualquer das partes, continuação da instrução (não é possível ao juiz passar diretamente do aditamento para a sentença, pois é como se houvesse nova denúncia), se não, o acusado estará sendo privado de seu **direito de audiência** (exercício da ampla defesa). Haverá, inclusive, direito de novo interrogatório do acusado (a menos que ele próprio renuncie a seu direito renunciável de ampla defesa).

- **Pena da nova imputação inferior ou igual à anterior** → Na lei antiga, se em decorrência da nova definição jurídica do fato a pena se mantivesse igual ou inferior à pena do fato descrito na denúncia, não havia necessidade de aditamento, bastando que o juiz abrisse vista à defesa para que se manifestasse no prazo de 8 dias (antigo art. 384, *caput*). Essa ausência de aditamento era criticada pela doutrina, pois o acusado era condenado por um fato delituoso que não lhe havia sido imputado, violando o sistema acusatório.

Após a lei 11.719/2008, com a nova redação do art. 384, o aditamento *sempre* deverá ocorrer quando surgir prova de elemento ou circunstância não contida na peça acusatória, **independentemente de a nova imputação resultar pela igual ou inferior à anterior**.

- Após o recebimento do aditamento, se a nova infração for de menor potencial ofensivo, de acordo com o art. 312, §2º do CPP, os autos devem ser remetidos ao **Juizado Especial Criminal**.

Questão (Juiz/SC): O servidor foi acusado por peculato-apropriação (pois ele teria saído do alojamento e entregado a pistola para alguém). Na classificação, o estagiário acertou na classificação da conduta (art. 312, *caput*: pena de 2 a 12 anos). Durante o curso do processo o verdadeiro autor do delito resolver aparecer e disse que se aproveitou do momento em que o colega havia se descuidado da própria arma para pegar. Como deve o juiz proceder?

Deve haver *mutatio libeli* da imputação para peculato-culposo (art. 312, §2º: pena de 3 meses a 1 ano). Conforme o art. 384 do CPP, independentemente de haver melhorado ou piorado para o acusado, o procedimento será o mesmo, devendo haver *mutatio*: aditamento → oitiva da defesa → recebimento pelo juiz → reconhecimento da incompetência do juízo e remessa dos autos para o juízo competente, o juizado especial criminal, pois a pena de peculato-culposo é de 3 meses a 1 ano.

- **Cabe *mutatio libeli* em ação penal privada?** De acordo com a redação do *caput* do art. 384, a *mutatio libeli* só seria cabível nos crimes de **ação penal pública** e de **ação penal privada subsidiária da pública**. Em questões objetivas, é preciso marcar o texto da lei.

Mas atente: Para a doutrina não há critério razoável que justifique a não aplicação da *mutatio* sobre crimes de ação penal privada. Nesse caso, seria responsável pelo aditamento o **querelante** (o MP pode aditar somente para incluir circunstâncias de tempo, lugar etc., mas não para fazer *mutatio*)²¹.

Nos crimes de ação penal pública ou privada subsidiária da pública, o MP pode fazer o aditamento em qualquer momento. No caso de ação pena privada, o ofendido teria essa mesma liberdade? A doutrina diz que se o fato se tornou conhecido para o querelante somente durante a instrução processual, não haveria decadência, mas **desde que o aditamento seja feito em 6 meses**. Por outro lado, se o fato já era do conhecimento do querelante mesmo antes do início do processo, não seria possível mais o aditamento, pois além de uma provável decadência (já que seu prazo decadencial de 6 meses já haveria se iniciado), já teria havido **renúncia tácita**.

- **Qual a diferença entre fato novo e fato diverso?**
 - i. O fato é **novo** quando os elementos de seu núcleo essencial constituem acontecimento criminoso completamente diferente daquele resultante dos elementos do núcleo essencial da imputação (não se aproveita nada). Ex: pessoa acusada de praticar furto e, durante a instrução se percebe que ela teria praticado receptação.
 - ii. O fato é **diverso** quando os elementos de seu núcleo essencial correspondem parcialmente aos do fato da imputação, porém com o acréscimo de algum elemento que o modifique (aproveita-se alguma coisa da primeira imputação). Ex: furto e roubo (pois o roubo é um crime complexo que tem como uma de suas elementares a prática do furto).

A *mutatio libeli*, **em regra**, somente é cabível quando se tratar de **FATO DIVERSO**; quando se tratar de **fato novo**, substituindo por completo a imputação originária, há necessidade de outra acusação. Nesse caso, deve o acusado ser absolvido da imputação originária, sem prejuízo de oferecimento de nova denúncia pelo fato novo, sendo possível a autorização de **prova emprestada**.

- **NÃO é cabível a *mutatio libeli* na segunda instância**, pois haveria supressão de instância, violando o duplo grau de jurisdição, já que não seria possível apelar contra essa nova decisão (diversamente, a *emendatio libeli* pode ocorrer na 2ª instância). A **Súmula 453 do STF** é clara:

Súmula nº 453 do STF - Não se aplicam à segunda instância o Art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

Questão (MP/RJ): Apesar de não ser possível a *mutatio libeli* em segunda instância, nada impede que o tribunal anule a sentença, devolvendo o feito à primeira instância, para que seja aplicável a *mutatio libeli*. Nesse caso, obviamente, deve haver recurso da acusação.

Norberto Avena acha que, nessa hipótese, o tribunal deveria absolver o réu, e não anular a sentença, que “não padece de qualquer vício que justifique a cassação”.

²¹ Esse tema só tem interesse para concursos, pois não há jurisprudência sobre o tema.

- **Mutatio libelli no procedimento do júri** → Existem diversas situações que podem ocorrer. Mas Avena ressalta que a desclassificação do crime doloso contra a vida para crime não doloso contra a vida não necessariamente importará em *mutatio*, sendo ela dispensando quando não importe surpreender a defesa mediante acréscimo de circunstância de que não tenha o réu se defendido.
- **Imputação alternativa (Afrânio Silva Jardim)** - Na definição de Afrânio Silva Jardim, “diz-se imputação alternativa quando a peça acusatória vestibular atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante, asseverando que **apenas uma delas efetivamente terá sido praticada pelo imputado**, embora todas se apresentem como prováveis, em face da prova do inquérito. Desta forma, fica expresso, na denúncia ou queixa, que a pretensão punitiva se lastreia nesta ou naquela ação narrada.

“Por outro lado, como veremos mais adiante, a alternatividade também pode referir-se ao sujeito ativo da infração penal, acarretando um litisconsórcio no pólo passivo da relação processual penal.”

Como se percebe, a imputação alternativa é resultante de um quadro probatório relativamente incerto constante do inquérito policial.

O professor **AFRÂNIO SILVA JARDIM** faz a seguinte classificação:

- **Imputação alternativa objetiva:** É aquela que se refere a dados objetivos dos fatos narrados.
 - **Ampla** → É aquela que incide sobre a conduta principal (ex: denúncia que imputa a Tício dois fatos delituosos alternativos: receptação ou furto);
 - **Restrita** → É aquela que incide sobre uma qualificadora (ex: Tício subtraiu ou mediante escalada ou mediante destreza).
- **Imputação alternativa subjetiva:** Refere-se ao acusado.
 - **Simplex** → A alternatividade decorre de dúvida sobre a autoria do crime, como no exemplo em que os envolvidos se acusam reciprocamente. Ex: pancadaria na balada, no final de noite (a tese dos envolvidos será sempre legítima defesa, dizendo que foi o outro acusado que começou a agressão).
 - **Complexa** → É aquela que abrange não só o sujeito ativo do delito, como também a própria infração penal. Ex: dúvida entre corrupção passiva praticada pelo funcionário público ou corrupção ativa praticada pelo particular.

Apesar da posição minoritária de Afrânio Silva Jardim, **prevalece que a imputação alternativa (seja objetiva ou subjetiva) NÃO É POSSÍVEL, pois dificulta/inviabiliza o exercício do direito de defesa²².**

Quanto ao momento em que ocorre a imputação alternativa, ela podem ser:

- **Imputação alternativa originária** → É aquela contida na própria peça acusatória. A imputação alternativa originária viola o princípio da ampla defesa. Afinal: como poderá o acusado se defender, se nem sabe a que conduta irá responder?
- **Imputação alternativa superveniente** → Neste caso, a alternatividade decorre do aditamento à peça acusatória, nos casos de *mutatio libelli*. Ou seja: a inicial nasce sem alternatividade na acusação, o que ocorre quando do aditamento.

Exemplo: Vovô foi assaltado e a denúncia narra o furto. Durante a instrução fica provada a violência (elementar do roubo). O MP adita a peça acusatória e imputa a prática de roubo. Nesse momento há a

²² O oferecimento da denúncia alternativa subjetiva já demonstra a falta de justa causa.

Ensina **RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA** (MP/BA): “não admitimos qualquer imputação alternativa, pois estamos convencidos que toda acusação, seja pública, seja de iniciativa privada, deverá sempre ser determinada, especificando-se, inclusive, o mais possível, em que consistiu a conduta delituosa e a participação de cada um dos autores do fato, salvo absoluta impossibilidade. Se o quadro probatório relativamente incerto constante do inquérito policial não permite uma imputação certa, que sejam devolvidos os autos para novas e esclarecedoras diligências”.

imputação alternativa superveniente, pois o crime de roubo surge como uma alternativa ao crime originário de furto.

Nesse caso, o juiz que recebeu o aditamento pode condenar pelo roubo e pelo furto ou só pelo roubo ou só pelo furto? Quando ocorre a *mutatio libelli* atribui-se ao acusado novo fato delituoso. Contudo, se na hora da sentença o juiz verifica que não houve a violência, será possível condenação pela imputação originária de furto? Ou seja, é possível, no ordenamento brasileiro, a imputação alternativa?

ATENÇÃO: Antes da Lei 11.719/08, era possível a imputação alternativa superveniente (entendia-se ser possível que, diante da *mutatio libelli*, o acusado fosse condenado tanto pela imputação originária quanto pela imputação superveniente).

Com a nova redação do §4º do art. 384, uma vez feito o aditamento, o juiz ficará adstrito aos seus termos, **não mais sendo possível a condenação do acusado pela imputação originária.** Isso ocorre porque o juiz não é obrigado a receber o aditamento.

Art. 384, § 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar **até 3 (três) testemunhas**, no prazo de 5 (cinco) dias, **ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.** (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

A doutrina prevê duas EXCEÇÕES em que o juiz poderá condenar pela imputação originária:

- **Quando o aditamento for feito para a inclusão de um elemento especializante** (ex: qualificadora²³). Isso porque não há prejuízo à ampla defesa.
- **No caso de crime complexo.** É o caso do roubo X furto, pois na defesa do roubo já há a defesa contra a imputação do furto, que nada mais é que uma elementar do roubo.

• **Exemplos de *mutatio* e *emendatio*, para não confundir:**

Mutatio libelli	Emendatio libelli
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Desclassificação de estelionato para furto qualificado mediante fraude e vice versa (pois importa em analisar o fato dissenso ou consenso da vítima) ▪ Desclassificação de furto/apropriação para peculato (tem que provar ser funcionário público) ▪ Desclassificação de furto (<i>subtrair</i>) para receptação (<i>adquirir, receber, ocultar</i>) ▪ Desclassificação de injúria para calúnia ▪ Desclassificação de roubo para extorsão e vice versa 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Desclassificação de peculato para furto/apropriação ▪ Desclassificação de furto qualificado para furto simples ▪ Desclassificação de crime consumado para tentado e vice versa (há nova interpretação do mesmo fato).

3.8. Indenização civil

Um dos efeitos da sentença condenatória é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo delito.

Art. 91 do CP. São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

Art. 63 do CPP. **Transitada em julgado** a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no **JUÍZO CÍVEL**, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

²³ Ex: primeira imputação de lesão corporal leve (tipo penal do *caput* do art. 129) e *mutatio* para lesão corporal grave (qualificadora prevista no art. 129, §1º). O juiz pode condenar pela lesão corporal leve porque não haverá prejuízo à defesa (quem se defende de lesão corporal grave já está se defendendo de lesão corporal leve).

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

A Lei 11.719/08 trouxe uma grande novidade a esse respeito, prevendo, no art. 387 do CPP, que, na sentença condenatória, **o juiz fixará um valor mínimo** para reparação dos danos causados pela infração. Confira-se:

Art. 387 do CPP. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008)

IV - **fixará valor mínimo** para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Antes da Lei 11.719	Depois da Lei 11.719
A sentença condenatória com trânsito em julgado funcionava como título executivo judicial .	<i>Idem</i>
Havia o reconhecimento da dívida (<i>an debeatur</i>).	<i>Idem</i>
Não havia a fixação de valor (<i>quantum debeatur</i>).	Agora, a própria sentença condenatória já pode trazer um valor mínimo a título de reparação pelos danos ²⁴ causados pela infração (essa previsão é mais uma expressão da justiça restaurativa, com maior participação da vítima).
Antes de chegar à execução, o credor deveria passar pela liquidação .	A vítima já pode buscar uma execução por quantia certa, sempre no JUÍZO CÍVEL . Detalhe: Essa execução por quantia certa não impede que o acusado proceda à liquidação complementar para apuração do dano efetivamente sofrido.

ATENÇÃO: Tem prevalecido o entendimento de que a fixação do valor mínimo pelo juiz independe de pedido expresso da parte, pois se trata de **efeito automático da sentença condenatória**, já que um dos efeitos da condenação é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo delito²⁵.

DICA (prova de sentença) → A fixação desse valor mínimo deve ser em **capítulo próprio da sentença condenatória**, por dois motivos:

- Se o condenado ou a vítima recorrer tão-somente contra o valor fixado a título de indenização, nada impede a imediata execução da pena privativa de liberdade.
- Se o condenado impugnar o capítulo referente à condenação, não será possível a execução por quantia certa, pois esta pressupõe o trânsito em julgado da sentença condenatória.

I. Interesse recursal sobre o valor da indenização

É claro que o acusado tem interesse para recorrer sobre esse valor, pois a não interposição de recurso torna imutável o valor.

²⁴ Há divergência doutrinária acerca da possibilidade de fixação de danos **morais**.

²⁵ Há doutrinadores que defendem a necessidade do pedido expresso.

Sob a perspectiva do ofendido, contudo, o valor da indenização não é definitivo, pois ele pode discutir a complementação desse valor perante o juízo cível. Apesar disso, a maioria da doutrina tem dito que ele também pode recorrer.

O MP pode recorrer buscando o aumento da indenização? O valor da indenização é direito disponível, por isso deve ser aplicado o art. 68 do CPP, que trata da ação civil *ex delicto*: “quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público”.

ATENÇÃO: Para o STF, esse artigo é dotado de **inconstitucionalidade progressiva**: enquanto não houver Defensoria Pública na comarca, o dispositivo continua válido.

Logo, nas comarcas em que **não houver defensoria pública** e a **vítima for pobre, poderá o MP recorrer** pleiteando o aumento da indenização.

4. Procedimento comum sumário

As diferenças do procedimento comum sumário em relação ao procedimento comum ordinário são:

Procedimento comum ordinário	Procedimento comum sumário
Pena máxima cominada igual ou superior a 4 anos	Pena máxima inferior a 4 anos (ressalvadas as infrações de menor potencial ofensivo)
8 testemunhas.	5 testemunhas.
Audiência designada em até 60 dias .	Audiência em até 30 dias .
Há previsão de possibilidade de pedido de diligências se surgir uma necessidade durante a instrução.	Não há previsão legal de requerimento de diligências. Apesar disso, é possível na prática, em razão do princípio da busca pela verdade pelo juiz.
Há previsão legal de substituição das alegações orais por memoriais, a depender da complexidade.	Não há previsão legal de substituição das alegações orais por memoriais.
A ordem da oitiva das testemunhas de acusação e defesa estabelecida no art. 400 obrigatoriamente deve ser observada, <i>dependendo a inversão de concordância da defesa</i> .	A testemunha que comparecer será inquirida independentemente da suspensão da audiência (art. 536). Significa que a eventual ausência de alguma testemunha da acusação e a necessidade de aprazamento de outra data para sua oitiva (caso inviabilizada a condução) não impedem o depoimento das testemunhas de defesa que estejam presentes, ainda que não haja a concordância expressa da defesa.

Enquanto no procedimento sumário é possível a citação pessoal, por hora certa e por edital, no procedimento sumaríssimo não é possível a citação por edital. Assim, se necessário esse tipo de citação (por edital), deverão os autos ser remetidos do Juizado Especial para o juízo comum, o qual adotará o procedimento sumário. Outra hipótese que também autoriza a remessa é a complexidade do caso e o concurso de crimes que ultrapassar a pena de 2 anos.

Art. 72, § 2º da lei 9.099/95. Se a **complexidade ou circunstâncias do caso** não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.

O procedimento comum sumário está previsto no CPP a partir do art. 531:

Art. 531. Na audiência de **instrução e julgamento**, a ser realizada no **prazo máximo de 30 (trinta) dias**, proceder-se-á à tomada de declarações do **ofendido**, se possível, à inquirição das **testemunhas** arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o **acusado** e procedendo-se, finalmente, ao debate. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 532. Na instrução, poderão ser inquiridas até **5 (cinco) testemunhas** arroladas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 533. Aplica-se ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do art. 400 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 534. As alegações finais serão **ORAIS**, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).
§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos **10 (dez) minutos**, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 535. **Nenhum ato será adiado**, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 536. A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no art. 531 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 538. Nas **infrações penais de menor potencial ofensivo**, quando o juizado especial criminal *encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento*, **observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo**. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Obs: Jurisprudência recente do STJ sobre competência

1) Princípio do juiz natural → O STF e o STJ entendem, majoritariamente, que o julgamento realizado por Câmara ou Turma de tribunal composta majoritária ou exclusivamente por juízes de primeiro grau **não é nulo** e os atos que permitem essa composição das Câmaras são **constitucionais**.

A 6ª Turma do STJ, que entendia que o julgamento por essas Câmaras era nulo por violação ao princípio do juiz natural, mudou recentemente seu entendimento, seguindo a posição da 5ª Turma:

Julgado: STJ, HC 170.806/SP – Voto vencido: Maria Tereza, do STJ, diz que a Constituição Federal só permite a composição de Turmas de 2ª instância por juízes de 1º grau no caso dos Juizados Especiais.

2) Incidente de deslocamento de competência para a JF → A Constituição Federal define, em seu art. 109, V-A, a federalização dos crimes contra direitos humanos, definindo que aos juízes federais compete julgar as causas relativas a direitos humanos por meio de incidente de deslocamento de competência suscitado pelo PGR, perante o STJ.

Há posição doutrinária no sentido de que a EC que previu isso é inconstitucional, por violação ao princípio do juiz natural, da separação de poderes, viola o pacto federativo e usurpa competência.

Até hoje só tivemos 2 incidentes de deslocamento suscitados. O primeiro pedido envolvia a morte da irmã Dorothy, mas foi improvido pelo STJ. Recentemente, o PGR suscitou incidente de deslocamento de competência para o julgamento do assassinato um ex-vereador da Paraíba por grupos de extermínio.

Recentemente (outubro/2010), pela primeira vez, o STJ deferiu o deslocamento da Justiça Estadual para a Justiça Federal, definindo que:

- **O processo deve ser deslocado para a Justiça Federal competente, e não para qualquer outra JF²⁶.**
- **Os crimes conexos ao crime deslocado também são deslocados para a Justiça Federal.**
- O STJ não permitiu que outras investigações, abstratamente vinculadas a esse caso, fossem deslocadas para a Justiça Federal.
- Implicitamente, o STJ definiu que o deslocamento de competência é constitucional.

²⁶ A Min. Laurita queria que a competência fosse deslocada para a Justiça Federal de Pernambuco, mas o STJ definiu que o processo deve ser deslocado para a Justiça Federal competente (da Paraíba, onde o crime ocorreu).