

NOVOS RITOS PROCESSUAIS

AGAPITO MACHADO

Juiz Federal

Professor da Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

1 INTRODUÇÃO

Rito ou Procedimento Criminal é o caminho traçado pela Lei para o processo ter início, meio e fim.

Se o magistrado não der à denúncia ou à queixa, que lhe chegue ao conhecimento, o rito adequado, poderá ensejar a nulidade do processo, em benefício do réu e em prejuízo da Sociedade.

Todos podem errar quanto ao rito, menos o Juiz. Daí porque o compromisso com o rito deveria ser também do Ministério Público que, ao oferecer a denúncia, bem que poderia indicá-lo e, destarte, auxiliar o Juiz na correta condução do processo, embora isso não seja requisito da peça acusatória.

Recentemente, duas Leis alteraram substancialmente os ritos processuais em 1º grau de jurisdição: a 11.719 e a 11.689 (procedimento do Júri Popular), todas de 2008.

Mas para sabermos qual realmente é o rito para determinado crime, devemos realizar duas indispensáveis perguntas, por ordem de preferência: a primeira, QUEM cometeu o crime (qual a pessoa/réu), e a segunda, QUAL o crime cometido (o tipo penal).

Se quem cometeu o crime for réu que ostente prerrogativa de função e por isso tendo o direito de ser processado e julgado perante o STF e STJ, conforme determinado na Constituição Federal, o procedimento criminal é o previsto na Lei nº 8.038/90. Se tiver o direito de ser processado e julgado perante os Tribunais Inferiores, o procedimento criminal é o previsto na Lei nº 8.658/93.

Se, todavia, quem cometeu o crime for réu que não ostente prerrogativa de função, devemos buscar saber qual o crime cometido pelo réu para, em seguida, e no juízo de 1º grau, observarmos as seguintes regras, nessa ordem de preferência:

a) se o crime está previsto em lei especial ou em rito especial previsto no Código de Processo Penal, devemos observar se o crime tem a pena máxima privativa de liberdade até 2(dois) anos, ou qualquer contravenção penal, caso em que seguirá o rito dos Juizados Especiais (Leis nºs 9.099/95 e 10.259/01), por ser delito de menor potencial ofensivo;

b) se o crime tiver a pena máxima privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, devemos seguir o rito especial, previsto em lei especial, ou no Código de Processo Penal;

c) se o crime tiver a pena máxima privativa de liberdade superior a 2 (dois) e menor de 4 (quatro) anos e não se tratar de crime previsto em lei ou rito especial, segue o rito sumário;

d) se o crime tiver a pena máxima privativa de liberdade igual ou superior a 4 (quatro) anos, segue o rito ordinário.

Resumindo: Nos Tribunais (Juízo colegiado) continua o rito regido pelas Leis 8038/90 e 8658/93. Após a Lei 11.719/08 e fora o Júri Popular, o rito processual, no Juízo de 1º grau, é agora em razão da quantidade da pena (e não mais em razão da natureza da pena de reclusão, detenção ou prisão simples). Assim, se a pena privativa de liberdade MÁXIMA cominada ao tipo, não passar de dois anos, AINDA QUE o crime esteja PREVISTO EM LEI ESPECIAL, e qualquer que seja a contravenção, segue a Lei dos Juizados Especiais (*procedimento sumaríssimo*). A partir daí, ou seja, se a pena privativa de liberdade máxima passa de dois anos e há rito especial, aplica-se este (princípio da especialidade). Nos demais casos, passando a pena privativa de liberdade máxima de dois (2) anos e sendo menor de quatro anos, segue o *rito sumário* da Lei 11.719 (antigo rito da pena de detenção, art. 539, do CPP); e, se a pena privativa de liberdade máxima for a partir de quatro (4) anos, segue o rito ordinário da Lei 11.719 (antigo rito da pena de reclusão, art.498

do CPP). Só assim temos como compatibilizar a Lei 11.719/08 com a Lei dos Juizados Especiais, ritos previstos em leis especiais e demais ritos especiais previstos no Código de Processo Penal.

Esse é o entendimento que exponho em meu Livro PROCEDIMENTOS CRIMINAIS publicado pela Universidade de Fortaleza (1ª. e 2ª edições), em vias de publicação da 3a. Edição pela Editora Conceito de Santa Catarina.

2 DOS ATUAIS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS, EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO, EM RAZÃO DA QUANTIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, POUCO IMPORTANDO SE COM RECLUSÃO OU DETENÇÃO, DE ACORDO COM A LEI nº 11.719, DE 20 DE JUNHO DE 2008.

A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que entrou em vigor no dia 20 de agosto do mesmo ano, altera os arts. 63, 257, 265, 362, 363, 366, 383, 384, 387, 394 a 405, 531 a 538 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, acrescenta o art. 396-A e revoga os arts. 43, 398, 498, 499, 500, 501, 502, 537, 539, 540, 594, os §§ 1º e 2º do art. 366, os §§ 1º a 4º do art. 533, os §§ 1º e 2º do art. 535 e os §§ 1º a 4º do art. 538 do mesmo Código.

2.1 PRINCIPAIS ALETERAÇÕES:

1. citação do réu com hora certa, igual ao CPC
2. na sentença – reparação mínima do dano em benefício da vítima
3. identidade física do juiz
4. depoimentos gravados
5. permitida a absolvição sumária (modalidade de julgamento antecipado da ação penal) além dos crime da competência do Júri.

2.1.1 PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

Este corresponde ao antigo rito da pena de reclusão (antigo art. 498 do CPP), objeto de comentários constantes do

meu Livro.

Como veremos, o rito mais demorado é o ordinário, considerado padrão, e suas disposições serão aplicadas subsidiariamente aos procedimentos especiais, sumário e sumaríssimo (Lei dos Juizados), como determina o art. 394, § 5º, do CPP, bem ainda aos das Leis 8.038/90 e 8.658/93.

Vejamos, então, como o mesmo se inicia e se desenvolve.

Se inicia com o oferecimento de denúncia ou da queixa, que poderá ser rejeitada, pelo magistrado, nas seguintes situações:

a) se manifestamente inepta (art. 395, I), consistente na ausência dos requisitos da inicial, tais como, a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias; a qualificação do acusado; a classificação do crime e o rol de testemunhas (art. 41);

b) se faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, II, CPP): os pressupostos processuais são a demanda judicial (veiculada pela denúncia ou queixa), a jurisdição (competência e imparcialidade do Juízo), a existência de partes que possam estar em Juízo (capacidade processual e de ser parte), a originalidade (ausência de litispendência ou de coisa julgada). As condições da ação são a tipicidade em tese da conduta descrita na peça acusatória; a legitimidade ativa e passiva e o interesse de agir. É também condição da ação, a falta de justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, III, CPP) que é o lastro probatório mínimo que torna idônea a acusação.

Com efeito, não se diferenciam mais os casos de não-recebimento (por falta dos requisitos da inicial) dos casos de rejeição da denúncia ou queixa (por falta de condição da ação), para fins de juízo de admissibilidade negativo da acusação. Antes, era cabível recurso em sentido estrito contra a decisão que não recebia a denúncia ou queixa (art. 581, I, CPP), e nada dizia a lei sobre os casos de rejeição (falta de condições da ação), mas

se entendia cabível o recurso em sentido estrito em ambas as situações. Acredita-se que não haverá alteração na interpretação dessa hipótese de cabimento recursal.

Feito juízo de admissibilidade positivo (recebimento da denúncia ou da queixa, ou seja, se o juiz “*não a rejeitar liminarmente*”), receberá a inicial e ordenará a citação do acusado, para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias (art. 396 “caput” do CPP). Em caso de citação por edital, o prazo para defesa começa a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído (art. 396, parágrafo único do CPP). Como a resposta se dará após o recebimento da denúncia ou queixa, seu objetivo (da resposta) fica parcialmente esvaziado. Essa fase (da resposta) terá realmente sentido apenas para influenciar no juízo de admissibilidade da peça acusatória pelo Juiz.

Para que então se instaurar o processo penal para só depois se permitir a resposta do acusado? Na prática, para não adiantar sua tese defensiva e facilitar a tarefa da acusação, a tendência é a defesa se limitar a afirmar que apresentará seus argumentos por ocasião das alegações finais e apenas arrolar suas testemunhas etc.

Todavia, na sua resposta, o réu poderá tentar convencer o juiz a *absolvê-lo sumariamente*, conforme se verá adiante, razão pela qual essa fase não é completamente inútil. 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. 396-A do CPP).

Como se vê, o arrolamento das testemunhas do acusado, agora se faz nessa fase, e não mais na extinta “defesa prévia” que ocorria após o interrogatório do acusado.

Eventuais exceções (de litispendência, de coisa julgada, de incompetência do Juízo ou de ilegitimidade de parte - art. 95-112 do CPP) serão processadas em apartado (art. 396-A, § 1º do CPP).

Será nomeado defensor ao acusado, concedendo-se-lhe vista dos autos por 10 dias, em duas situações (art. 396-

A, § 2º, CPP):

a) caso não seja apresentada a resposta no prazo legal; ou

b) se, citado, não constituir defensor.

A finalidade dessa resposta, após a citação, acaba sendo a de proporcionar ao acusado trazer aos autos argumentos que possam levar à sua absolvição sumária, forma essa de julgamento antecipado da lide, e que só existia no procedimento do Júri, estendida, atualmente, aos procedimentos comuns e, subsidiariamente, a todos os outros.

O acusado será absolvido sumariamente (julgamento antecipado da ação penal) quando o juiz verificar (art. 397 do CPP):

a) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato (inciso I). Se o juiz tiver dúvida em relação à caracterização da causa de exclusão da ilicitude, não poderá absolver sumariamente o réu;

b) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade (inciso II). Da mesma forma, se o juiz tiver dúvida em relação à causa de exclusão da culpabilidade, o processo deve prosseguir. Interessante notar que, ainda que provada causa de exclusão da culpabilidade pela inimizabilidade do réu, não se dará a absolvição sumária, porque, em tal situação, o acusado receberá medida de segurança (absolvição imprópria), o que lhe pode ser mais desfavorável juridicamente do que conseguir, adiante, ao final do processo, a absolvição pura e simples, sem imposição de medida de segurança;

c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime: a atipicidade evidente da conduta descrita na denúncia ou queixa (inciso III);

d) extinta a punibilidade do agente (inciso IV) que, agora, é causa de absolvição sumária, se, todavia, a denúncia ou queixa tiver sido proposta. Antes do oferecimento da denúncia, no entanto, a extinção da punibilidade ensejará a promoção de arquivamento do Ministério Público, caso em que o juiz se limitará a homologar o arquivamento (não absolvendo o indiciado, portanto).

Se o juiz resolver receber a denúncia ou a queixa, 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 (art. 399, “caput”, do CPP).

Assim, ao receber a denúncia ou a queixa, deverá o Juiz fazer duas comunicações ao réu:

a) citação, para que tome conhecimento da imputação, para que apresente defesa à acusação; e

b) intimação, para comparecimento à audiência, ocasião em que será interrogado.

O bom senso sempre foi e será o apanágio da magistratura. Destarte é preciso que o Juiz, ao fixar a data para a audiência, leve em conta o tempo necessário para que o réu seja citado e apresente resposta à acusação, e ainda para que eventual exceção oposta pelo réu seja analisada, o que pode tomar mais de mês. Se o acusado estiver preso, será requisitado para comparecer à audiência, no âmbito da qual será realizado, dentre outros atos, o interrogatório (art. 399, § 1º, CPP).

Inovação realmente interessante é a vinculação do juiz que presidiu a instrução, ao julgamento da causa: “*o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença*” (art. 399, § 2º, CPP). Trata-se de estender ao processo penal a regra do processo civil (princípio da identidade física do Juiz, devendo-se aplicar as mesmas regras e exceções contidas no art. 132 do Código de Processo Civil).

Nessa audiência, denominada pela lei de “de instrução e julgamento” (art. 400, “caput”, CPP), a idéia é a de que todas as provas sejam produzidas de uma só vez (“*as provas*”).

serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias” - art. 400, § 1º, CPP).

Pelo menos teoricamente essa audiência única é bem vinda, na medida em que objetiva concretizar os princípios da oralidade, da imediatidade do Juiz com a prova e da concentração na realização de atos processuais.

Na prática, contudo, não vai ser fácil tal concentração. É que sem o comparecimento de todas as testemunhas e vítimas, além do réu, ficará inviável a audiência única.

A audiência deverá ser realizada no prazo máximo de 60 dias, obviamente a partir do despacho do Juiz que a designar.

Eis a ordem, no procedimento ordinário, de realização dos atos processuais na audiência (art. 400, “caput”, CPP):

a) tomada de declarações do ofendido;

b) inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o caso de pessoa residente fora da comarca, que deverá ser ouvida mediante carta precatória (art. 222, CPP), podendo ser ouvidas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa (art. 401, “caput”), não se computando nesse número as que não prestam compromisso e as referidas (art. 401, § 1º, CPP). Ainda a respeito da inquirição das testemunhas, as partes poderão desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 do Código, que trata da possibilidade de o juiz, quando julgar necessário, decidir ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes - testemunhas “do júízo” (art. 400, § 2º, CPP);

c) esclarecimentos dos peritos, que dependerão de requerimento prévio das partes (art. 400, § 2º, CPP);

d) acareações;

e) reconhecimento de pessoas e coisas;

f) interrogatório do acusado, que passa a ser realizado após a oitiva de ofendido, testemunhas e peritos;

g) requerimento de diligências pelo Ministério Público, querelante, assistente e, a seguir, acusado, desde que a necessidade das diligências se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (art. 402, CPP). Não há, aqui, alterações substanciais em relação ao antigo art. 499 do CPP (redação anterior), que previa as diligências complementares. A única diferença consiste no fato de que as diligências serão requeridas em audiência, e não mais no prazo de 24 horas. Se, no entanto, for ordenada diligência considerada imprescindível, de ofício, ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais (art. 404, “caput”, CPP). Na maioria das vezes é isso que ocorrerá, pois a grande maioria das diligências requeridas pelas partes envolve a colheita de elementos de prova que influirão nos argumentos que estarão contidos nas alegações finais e na fundamentação da sentença, o que, inviabilizará a idéia da novel lei de debates que se seguem imediatamente à colheita de provas. Nesse caso, as partes terão vista sucessiva dos autos, por 5 dias, para apresentação de memoriais, e, depois disso, em até 10 dias, o juiz profere sentença (art. 403, § 3º, CPP);

h) superada a fase de requerimentos de diligências (por ausência de requerimentos ou tendo em vista seu indeferimento pelo juiz), seguem-se alegações finais por 20 minutos para a acusação e 20 minutos para a defesa, prorrogáveis por mais 10 minutos (art. 403, “caput”, CPP), sendo que, havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual (art. 403, § 1º, CPP). O assistente do Ministério Público se manifestará após este, por até 10 minutos, prorrogando-se por igual tempo a manifestação da defesa (quando houve assistente) - art. 403, § 2º, CPP). A possibilidade dada ao Juiz - dada a complexidade do caso ou o número de acusados - de conceder às partes prazo de 5 dias sucessivos para apresentação de memoriais, proferindo depois a sentença, em 10 dias, praticamente sepulta o objetivo da novel

lei de fazer com que a instrução seja toda colhida, com imediato debate e prolação de sentença (art. 403, § 3º, CPP);

i) segue-se a prolação da sentença (art. 403, “caput”, CPP);

j) lavra-se termo de audiência assinado pelo juiz e pelas partes, com breve resumo dos fatos relevantes ali ocorridos (art. 405, “caput”, CPP), sendo que, sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações (art. 405, § 1º, CPP) e, no caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição (art. 405, § 2º, CPP).

Se o réu tiver direito à suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), e a fim de evitar a prática de atos inúteis o juiz, antes da normal audiência para colheita da prova oral, deverá designar audiência extraordinária, própria para a proposta desse benefício. Caso o réu a aceite, estará realizado o objetivo do referido art. 89. Caso, todavia, o réu não aceite a proposta, o processo deverá prosseguir normalmente mas em nenhuma hipótese o réu poderá ser interrogado nesse momento, sob pena de inversão processual capaz de gerar a nulidade do processo, pois, doravante, o interrogatório é ato que só será realizado após a oitiva de vítimas, testemunhas e peritos.

2.1.2 PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Este corresponde ao antigo rito da pena de detenção (antigo art. 539 do CPP), objeto de comentários no item 7.2.2 do meu Livro.

O procedimento sumário, da mesma forma que o ordinário, segue, inicialmente, a regra prevista no artigo 396 do atual CPP, qual seja, oferecida a denúncia ou a queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, em

dez(10)dias, prosseguindo, a partir daí, com as peculiaridades previstas nos atuais arts. 531 a 536 do CPP, a saber:

a) Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias (e não 60), 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;

b) Na instrução, poderão ser inquiridas até 5 (cinco) testemunhas arroladas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa (e não 8);

c) Aplica-se ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do art. 400 deste Código;

d) As alegações finais serão sempre 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;

e) Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual;

f) 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;

g) Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer;

h) A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no art. 531 do CPP.

Como se vê, esse rito é mais reduzido do que o ordinário.

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Este rito está previsto na Lei dos Juizados (9.099/95 e 10.259/01) devendo ser observada a peculiaridade do art. 538 do atual CPP que dispõe: "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", o que ocorre, v.g. quando a questão se tornou complexa nos Juizados.

Deve também ser observado o § 5º do art. 394 do mesmo CPP, que manda aplicar subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo, as disposições do procedimento ordinário.

3 NOVIDADES NO NOVO PROCEDIMENTO DOS CRIMES JULGADOS PELO JÚRI POPULAR. LEI nº 11.689, de 09 de junho de 2008.

3.1 ALGUMAS NOVIDADES POSITIVAS:

- a. maior rapidez ao processo, eliminando alguns entraves da década de 40. A 1ª. fase deverá ser concluída em 90 dias (princípio constitucional da razoável duração do processo, da EC nº 45);
- b. acabou com o protesto por novo júri, o que era um verdadeiro absurdo, porque se negava a própria existência do Código Penal que mandava aplicar a pena de até 30 (trinta) anos de reclusão para o homicídio qualificado;
- c. audiência uma, onde deverão ser colhidas todas as provas, o que não há a certeza de que isso ocorra;
- d. a presença da vítima passa a ter maior importância, em razão da possibilidade de vir a receber indenização no próprio processo criminal;

- e. o réu solto que, intimado, não comparecer ao plenário do Júri, será levado a julgamento, ainda que se trate de crime inafiançável. Era um absurdo se permitir julgar réu ausente apenas em crime afiançável (de menor gravidade) e isso não era possível em crime inafiançável (de maior gravidade);
 - f. os jurados ostentavam verdadeira estabilidade, passando anos e anos sendo escolhidos para comporem o Conselho de Sentença. Isso acabou. Não poderá mais ser jurado quem estiver há 12 meses participado de outro julgamento;
 - g. de 21 sorteados, passam a ser agora 25 para comparecerem a Plenário. Com isso fica mais fácil o sorteio dos 7, que comporão o Conselho de Sentença se estiverem presentes pelo menos 15 e não haver adiamento do Júri;
 - h. as perguntas em plenário, ao acusado, podem ser feitas diretamente pelas partes e não através do Juiz Presidente;
 - i. o registro dos depoimentos/interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova. A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos.
 - j. quanto à quesitação a nova lei melhorou em muito as suas formulações e sua votação. Destarte, o Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.
- Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando-se sobre: a materialidade do fato; a autoria ou participação; se o acusado deve ser absolvido; se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena

reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, ou seja, no mínimo de 4 (quatro) deles, que constitui a maioria, a qualquer dos quesitos referentes à materialidade do fato e à autoria ou participação, encerra a votação e implica a absolvição do acusado, devendo o Juiz Presidente, portanto, formular quesito com a seguinte redação: *O jurado absolve o acusado?*

Se ao contrário, decidirem os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados pelo Juiz Presidente quesitos sobre: causa de diminuição de pena alegada pela defesa e circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito, o que mostra que, com a nova lei, a formulação dos quesitos ficou mais simplificada.

Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas, ou seja, o que já foi respondido e o que gerou a contradição.

Se, pela resposta dada a um dos quesitos, o presidente verificar que ficam prejudicados os seguintes, assim o declarará, dando por finda a votação.

e. Quanto aos *recursos*, a nova lei dá nova redação ao art. 581 do CPP, para especificar, no inciso IV, que cabe recurso

em sentido estrito da decisão do juiz que pronunciar o réu, quando, anteriormente esse recurso também era cabível quando o juiz impronunciasse o réu, ao mesmo tempo em que revoga expressamente o inciso VI que antes admitia o recurso em sentido estrito, quando o juiz absolvesse sumariamente o acusado, nos casos do art. 411 do CPP.

Atualmente, conforme art. 416, é a apelação o recurso cabível da decisão do juiz que absolver sumariamente o acusado nos casos do art. 411 do CPP e da que impronuncia o réu.

Após julgado e condenado em primeiro grau de jurisdição, tanto o STF como o STJ já não condicionavam o conhecimento da apelação do réu a que ele se recolhesse à prisão (STJ, Súmula 347 “ o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”), o que hoje foi confirmado pelo parágrafo único do art. 387, do CPP, com nova redação da Lei nº 11.719, de 20.06.2008.

3.2 ALGUMAS NOVIDADES NEGATIVAS DA LEI 11.689:

- a. Recusa IMOTIMADA, pelas partes, de 3 (três) sorteados para compor o Conselho de Sentença. Essa recusa viola duplamente a Constituição. A uma, porque tudo que resulta do Poder Judiciário, conforme determinado na Constituição Federal, tem de ser fundamentado. A duas porque, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o jurado sorteado tem o direito de saber porque não o querem integrando o Conselho de Sentença do Júri Popular;
- b. A lei continua permitindo, pelos jurados, o que é um verdadeiro absurdo, o julgamento (absolvição ou condenação) contra a prova dos autos, negando o devido processo legal? Como pode a Constituição Federal só permitir seja condenada uma pessoa dentro de um processo legal, com provas lícitas, ampla defesa etc, e o Júri possa fazê-lo de maneira diferente? Se o Júri é um órgão do Poder Judiciário (ele não é órgão do

Executivo, Legislativo nem do Ministério Público) como desprezar o que a Constituição assegura ao cidadão? E mais: nessa situação de condenação de um inocente contra a prova dos autos, só caber um único recurso apelatório. E se a parte comprovadamente inocente for novamente condenada contra a prova dos autos pelo novo Conselho de sentença, sem ter tido a possibilidade de um desaforamento? O que fazer? Que órgão do Judiciário é esse que pode julgar uma pessoa inocente fora do devido processo legal e o Tribunal não poder, ao analisar a decisão, proferir uma outra (decisão substitutiva) como faz com as demais sentenças do Poder Judiciário, mas apenas mandar o réu a novo Júri? O Júri popular é causa de muita insegurança para o cidadão inocente que poderá ser julgado contra o que consta do devido processo legal. Pense muito bem nisso: um dia você pode cometer um crime doloso contra a vida em inequívoca situação de excludente de criminalidade e os jurados lhe darão as costas e lhe condenarão. Nunca é tarde para examinar que os infortúnios da vida não acontecem apenas com as outras pessoas, mas também conosco, com nossos filhos, irmãos, netos etc.

- c. Na fase primeira (sumário de culpa), poderão ser ouvidas até 8 (oito) testemunhas, arroladas pelas partes, o que é demais. Bastariam 5 (cinco) e estava assegurada a ampla defesa, na medida em que o Juiz poderá ouvir outras testemunhas;
- d. Ainda está no Congresso Nacional projeto de lei que acaba a prescrição entre a data do fato e a do recebimento da denúncia (fase do Inquérito Policial) e que é uma das maiores causas de impunidade no Brasil;
- e. Muito antes do recente julgamento da Lei Paulista, o STF já se pronunciara contra o interrogatório “on line”, o que é um absurdo. Ainda bem que o Congresso está-lhe dando o troco e votando lei admitindo tal prova, nos casos excepcionais.

4 DOS PROCEDIMENTOS PARA OS CRIMES PRÓPRIOS DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Notadamente antes das Leis nºs 11.313/06 e 11.719/08, eram três (3) os ritos dos crimes funcionais:

a) se afiançáveis: o especial, previsto nos arts. 513 a 518 do CPP;

b) se inafiançáveis:

b.i) punidos com reclusão, era o antigo rito do art. 498 do CPP;

b.ii) punidos com detenção, era o antigo rito do art. 539 do CPP.

Após as referidas leis 11.313/06 e 11.719/08, ou seja, atualmente, são quatro (4) os ritos, a saber:

a) se ao crime é cominada pena privativa de liberdade máxima até 2 (dois) anos, pouco importando se de reclusão ou de detenção, o rito é o da Lei dos Juizados nº 9.099/95 c/c 10.259/01;

b) Se a pena máxima do tipo, pouco importando se de reclusão ou de detenção, é maior de dois (2) anos, e, por isso, excluído dos Juizados, devemos verificar o seguinte: i) se for afiançável, ou seja, com pena mínima até dois (2) anos, como são exemplos os crimes dos arts. 312, 313-A, 314, 316, entre outros, do Cod. Penal, aplica-se o rito especial previsto nos arts. 513 a 518 do CPP; ii) se for inafiançável, como são exemplos os crimes dos arts. 313-B, 316, § 1º, 317 § 2º, 318 do Cod. Penal, e a pena máxima cominada ao tipo penal for maior de 2 (dois) anos e inferior a 4 (quatro), se aplicará o novo rito sumário de que trata a Lei nº 11.719/08; iii) se for inafiançável, e a pena máxima cominada ao tipo penal for igual ou superior a 4 (quatro) anos, se aplicará o novo rito ordinário de que trata a Lei nº 11.719/08;

Portanto, antes da Lei nº 11.313/06 e agora também em face da Lei 11.719/08, dizíamos na 2ª edição do Livro “Procedimentos Criminais” lançado pela Universidade de Fortaleza, em 2002, que eram os seguintes os ritos e os dispositivos legais aplicáveis e constantes do Código de Processo Penal “*verbis*”:

-”Art. 513 - Nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento competirão aos juízes de direito, a queixa ou a denúncia será instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Art. 514 - Aos 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 15 (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.

Art. 515 - No caso previsto no artigo anterior, durante o prazo concedido para a resposta, os autos permanecerão em cartório, onde poderão ser examinados pelo acusado ou por seu defensor.

Parágrafo único. A resposta poderá ser instruída com documentos e justificações.

Art. 516 - O juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação.

Art. 517 - Recebida a denúncia ou a queixa, será o acusado citado, na forma estabelecida no Capítulo I do Título X do Livro I.

Art. 518 - Na instrução criminal e nos demais termos do processo, observar-se-á o disposto nos Capítulos I e III, Título I, deste Livro”

O art. 3º da Lei n. 8.137, de 27.12.1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra o consumo, e dá outras providências dispõe “*verbis*”:

Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Dec.Lei n. 2.848, de 7 de

dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

De acordo com o art. 327 do Código Penal, considera-se funcionário público, para os efeitos penais quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. E, conforme parágrafo único do mesmo artigo, equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal. E, por força da Lei nº 9.983/2000, também se equipara a funcionário público quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

A Administração Pública Brasileira é direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Compõem-se a Administração Direta de entes políticos e de órgãos sem personalidade jurídica, espécie de desconcentração administrativa, enquanto que a Administração Indireta é composta

de pessoas jurídicas com personalidade de direito público (autarquia e fundação pública) e de direito privado (empresa pública e sociedade de economia mista).

O procedimento especial dos arts. 513 a 518 do CPP é previsto apenas para os crimes “afiançáveis” que o funcionário pratica contra a sua Administração Pública, previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal e também no art. 3º da Lei 8.137/90,. Na verdade, tais crimes são comuns.

Os crimes inafiançáveis, seguem o procedimento dos arts. 498 (pena de reclusão) ou o art. 539 (pena de detenção).

Pelo princípio da especialidade, além dos previstos no Código Penal (arts. 312 a 326), são também crimes funcionais praticados contra “ a ordem tributária”, os previstos no art. 3º da Lei nº 8.137/90 a saber: extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que o funcionário tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social; exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente; patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

Quando os crimes de concussão, corrupção passiva, extravio, inutilização, sonegação de livro oficial ou processo administrativo e advocacia administrativa, estiverem relacionados com “tributo ou contribuição social” o Código Penal deixa de incidir para ter aplicação o art. 3º da Lei 8.137/90, tudo, repita-se, em razão do princípio da especialidade.

Ao particular que, como co-autor ou partícipe,

praticava crimes funcionais, não se aplica este rito especial, mas sim o rito em razão da pena de reclusão ou de detenção (arts. 498 ou 539).

Quando o funcionário público ao praticar o delito funcional ostentar tal qualidade e a perde por ocasião em que está sendo processado criminalmente, entende-se que a ele, pela teoria da atividade, deverá se aplicar o rito especial (arts. 513 a 518).

Todavia, o entendimento vem prevalecendo exatamente o contrário, principalmente depois que o STF, cancelou sua Súmula 394 (“cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”), o que, depois, importou em alteração da própria Constituição Federal.

Alguns doutrinadores entre os quais mencionamos Fernando de Almeida Pedroso em seu Livro Processo Penal, O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites, 2ª Edição, RT, pg. 238 e Damásio E. de Jesus, em seu Livro Código de Processo Penal Anotado, Editora Saraiva p.335, todos publicados a partir de 1993, portanto, após a vigência da Lei nº 8.137, de 27.12.1990, têm afirmado que o procedimento especial de que se cuida, mesmo destinado apenas aos crimes “afiançáveis” se aplica a todos os crimes previstos nos arts 312 a 326 do Código Penal, eis que todos passaram a ser afiançáveis, em razão de modificação feita no capítulo da fiança pela Lei 6.416/77.

A alteração procedida no nosso Código de Processo Penal pela Lei nº 6.416/77, foi a de tornar afiançáveis, mesmo punidos com reclusão, os crimes cuja pena mínima abstrata não ultrapasse a 2 (dois) anos de reclusão.

Com efeito, dentre os crimes previstos nos arts. 312

a 326 do Código Penal, com a nova redação dada pelos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.137/90, há os “inafiançáveis” porque com pena mínima superior a 2 (dois) anos a saber: a) excesso de exação (§ 1º do art. 316); b) facilitação de contrabando e descaminho (art. 318); c) incisos I e II do art. 3º da Lei Especial nº 8.137/90; d) além de outros crimes que tenham pena mínima abstrata de até 2 (dois) anos mas que, uma vez praticados por ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento terão o aumento de terça parte (§ 2º do Art.327), subindo, assim, a pena mínima para além de 2 (dois) anos.

Lembra ainda Fernando de Almeida Pedroso na op.cit. p. 238 que “No caso de ser decretada a prisão preventiva do réu funcionário público, o que transmuda em inafiançável o delito (art. 324, IV, CPP), incabível será a adoção do procedimento especial, cuja falta, assim, não fará germinar qualquer nulidade (cf.RT. 685/373).

Portanto, não é verdade que todos os crimes funcionais são afiançáveis.

Destarte, para os crimes funcionais cuja pena mínima abstrata ultrapasse dois (2) anos, passando, destarte, a inafiançáveis, não se aplica o rito especial previsto para os afiançáveis nos arts. 513 a 518 do CPP, mas sim o rito em razão da pena prevista para o tipo: se de reclusão (arts. 394 a 405 e 498 a 502 do CPP) e se de detenção (art. 539 do CPP).

Ofertada a denúncia ou a queixa subsidiária que será embasada em peças de informação ou inquérito policial, o juiz primeiramente determinará se notifique o acusado para responder em 15 (quinze) dias.

O recebimento da denúncia sem essa prévia notificação ao acusado, bem como o desrespeito ao próprio rito, segundo o STF, pode implicar em nulidade relativa, a ser alegada em tempo oportuno (RTJ 60/489 e 110/111 e RT 586/432, dependendo da

demonstração de prejuízo (RECrIm 114.462. DJU, 12.2.88, p.1993, TACrImSP, RT 559/360: TJSP, RT 568/285, STJ, RESp 1515, 5a. Turma, DJU 19.3.90. p.1952), bem como, referida etapa (prévia notificação) poderá ser dispensada se a denúncia for embasada em inquérito policial (HC 70.536-7, RJ, DJU de 03.12.93, p.26.357). Há também os que entendem que tal notificação é dispensada quando o acusado, em se tratando de servidor público, já não ostenta aquela condição por ocasião do processo (RTJ 66/63, JSTJ 45/550).

Se o juiz se convencer das alegações iniciais do acusado, rejeitará, fundamentadamente, a ação penal. E se a receber, fará desencadear o devido processo legal na forma estabelecida no Capítulo I do Título X do Livro I, do CPP. Na instrução criminal e nos demais termos do processo, observar-se-á o disposto nos Capítulos I e III, Título I, do mesmo CPP”.

Como mencionado, em face da Lei nº 11.313/06 e notadamente da Lei nº 11.719/08, qualquer crime, cuja pena privativa de liberdade máxima, não ultrapasse a 2 (dois) anos, segue o rito da Lei dos Juizados e não o rito especial antes previsto.

Examinando-se, portanto, o Código Penal, nos crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública, verificaremos que a maioria deles, a seguir mencionados, por terem pena privativa de liberdade máxima até 2(dois) anos, hão de seguir o rito da Lei dos Juizados e não o especial (art.513 ao 518 do CPP). São eles: peculato culposo (art. 312 § 2º); modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (art.313-B); emprego irregular de verbas (art. 315); corrupção passiva (art. 312 § 2º); prevaricação (art. 319 e 319-A); condescendência criminosa (art. 320); advocacia administrativa (321 e p.u.); abandono de função (art.323, caput e § 1º); exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado (art. 324); violação de sigilo funcional (art. 325, caput e §1º) e violação de sigilo de proposta de concorrência (art. 324).