

RENATO BRASILEIRO DE LIMA

Código de
**Processo
Penal**

Comentado

9^a | revista
Edição | atualizada
ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



TÍTULO II

DOS PROCESSOS ESPECIAIS

Capítulo I

DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS CRIMES DE FALÊNCIA

Arts. 503 a 512. Revogados pela Lei n. 11.101/2005.¹

1. Procedimento dos crimes falimentares: era disciplinado pelos arts. 503 a 512 do CPP. Com a entrada em vigor da nova Lei de Recuperação e Falências, tais dispositivos foram expressamente revogados, pois a matéria passou a ser regulamentada pelos arts. 183 a 188 da Lei n. 11.101/05. Segundo o art. 185 da Lei n. 11.101/05, recebida a denúncia ou a queixa, observar-se-á o rito previsto nos arts. 531 a 540 do Código de Processo Penal. Tais dispositivos legais, inseridos no Capítulo V (“Do processo sumário”) do Título II (“Dos processos especiais”) do Livro II (“Dos processos em espécie”) versavam sobre o procedimento sumário. Com o advento da Lei n. 11.719/08, esse Capítulo

V continua a tratar do procedimento comum sumário, porém seu rito está compreendido apenas entre os arts. 531 e 536. Destarte, diante do teor do art. 185 da Lei n. 11.101/05, tratando-se de crime falimentar, o procedimento a ser observado será o comum sumário, ainda que a pena cominada ao delito seja inferior, igual ou superior a 4 (quatro) anos. À evidência, se o crime falimentar tiver pena máxima não superior a 2 anos, a exemplo do que ocorre com o delito de omissão de documentos contábeis obrigatórios (Lei n. 11.101/05, art. 178), logo, infração de menor potencial ofensivo, sujeitar-se-á ao procedimento comum sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95.

Capítulo II

DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS¹⁻⁸

Art. 513. Os 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.⁹

1. Distinção entre crimes de responsabilidade em sentido amplo e crimes de responsabilidade em sentido estrito: crimes de responsabilidade em sentido amplo (ou crimes funcionais) são aqueles cuja qualidade de funcionário público (CP, art. 327) funciona como elementar do delito. É o que ocorre com os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública (CP, arts. 312 a 326) e com os crimes de abuso de autoridade (Lei n. 13.869/19). Esses crimes de responsabilidade em sentido amplo estão inseridos naquilo que a Constituição Federal denomina de *crimes comuns* ou *infrações penais comuns*. Por seu turno, crimes de responsabilidade em sentido estrito são aqueles que somente podem ser praticados por determinados agentes políticos. Não têm natureza jurídica de infração penal, mas sim de infração político-administrativa, passível de sanções político-administrativas, aplicadas por órgãos jurisdicionais políticos (normalmente órgãos mistos, compostos por parlamentares ou por parlamentares e magistrados). Como desses *crimes* de responsabilidade não decorre sanção criminal, não podem ser qualificados como infrações penais, figurando, pois, como infrações políticas da alçada do Direito Constitucional.

2. Crimes de responsabilidade dos funcionários públicos: firmada a distinção entre crimes de responsabilidade em sentido amplo e em sentido estrito, fica evidente que o procedimento sob análise (arts. 513 a 518) versa sobre os delitos cometidos por funcionários públicos no exercício funcional, ou seja, sobre os crimes funcionais.

3. Crimes funcionais próprios e crimes funcionais impróprios: os primeiros são aqueles em que a qualidade de funcionário público é essencial à sua configuração, não havendo figura semelhante que possa ser praticado por quem não goza dessa qualidade, a exemplo do que ocorre com o delito de prevaricação (CP, art. 319). Noutro giro, crimes funcionais impróprios são aqueles que tanto podem ser cometidos pelo funcionário público como por aquele que não goza desse *status*, a exemplo do que ocorre com o delito de peculato-furto (CP, art. 312, §1º), que encontra semelhança com o crime de furto (CP, art. 155). À evidência, se houver concurso de agentes, e o particular tiver consciência acerca da elementar “funcionário público”, é perfeita-

mente possível que seja responsabilizado pela prática de crime funcional próprio, *ex vi* do art. 30 do Código Penal, que prevê as elementares do crime comunicam-se.

4. Aplicação do procedimento especial exclusivamente aos crimes funcionais típicos: o procedimento especial previsto nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal só se aplica aos delitos funcionais típicos, descritos nos artigos 312 a 326 do Código Penal, assim como aos delitos de abuso de autoridade. Portanto, o simples fato de se tratar de acusado que ostente a condição de funcionário público não atrai a incidência do art. 514 do Código de Processo Penal, pois, em verdade, faz-se necessário que o ilícito penal a ele atribuído seja próprio, funcional, no qual a condição de funcionário público seja inerente à prática do crime. Logo, em se tratando de crime contra a ordem tributária praticado por funcionário público, que não se enquadra no conceito de “crimes de responsabilidade dos funcionários públicos”, não há obrigatoriedade de notificação para apresentação da resposta preliminar a que se refere o art. 514 do CPP.

♦ Jurisprudência selecionada:

STJ: “(...) O procedimento especial previsto nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal só se aplica aos delitos funcionais típicos, descritos nos artigos 312 a 326 do Código Penal. Precedentes. No caso dos autos, o recorrente, na qualidade de funcionário público, teria concorrido para a prática de crime fiscal, consistente em fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal. Hipótese que não se enquadra no conceito de “crimes de responsabilidade dos funcionários públicos”, para fins de notificação para apresentação de resposta preliminar, nos termos do artigo 514 da Lei Processual Penal. Recurso improvido”. (STJ, 5ª Turma, RHC 22.118/MT, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01/06/2010, DJe 09/08/2010). Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 91.228/RS, Rel. Min. Jane Silva, j. 20/11/2007, DJ 10/12/2007 p. 423; STJ, 6ª Turma, HC 79.751/RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 11/03/2008, DJe 14/04/2008; STJ, 5ª Turma, HC 115.796/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03/08/2010, DJe 23/08/2010; STJ, 5ª Turma, RHC 18.336/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 11/04/2006, DJ 08/05/2006 p. 240.

5. Crime funcional típico de menor potencial ofensivo: o conceito de infração de menor potencial ofensivo abrange as contravenções

e crimes com pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, *sujeitos ou não a procedimento especial*, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher. Como se percebe, ainda que o crime esteja sujeito a procedimento especial – por exemplo, crimes funcionais típicos –, se preenchidos os requisitos do art. 61 da Lei n. 9.099/95, tal infração será considerada de menor potencial ofensivo. Por conseguinte, se o crime funcional típico não tiver pena máxima superior a 2 (dois) anos, sujeitar-se-á ao rito sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95, e não ao procedimento especial previsto entre os arts. 513 e 518 do CPP. É o que ocorre, a título de exemplo, com os crimes de peculato culposo (CP, art. 312, §2º), modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (CP, art. 313-B), emprego irregular de verbas ou rendas públicas (CP, art. 315), prevaricação (CP, art. 319), condescendência criminosa (CP, art. 320), advocacia administrativa (CP, art. 321 e parágrafo único), abandono de função (CP, art. 323, §1º), exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado (CP, art. 324) e violação de sigilo funcional (CP, art. 325 e §1º).

6. Crime funcional típico em conexão e/ou continência com crime não funcional: nesse caso, não há necessidade de observância do procedimento especial previsto entre os arts. 513 e 518 do CPP.

✦ **Jurisprudência selecionada:**

STF: "(...) NECESSIDADE DE DEFESA PRÉVIA. ART. 514 DO CPP. DENÚNCIA QUE IMPUTA AO PACIENTE, ALÉM DE CRIMES FUNCIONAIS, CRIMES DE QUADRILHA E DE USURPAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA. PROCEDIMENTO RESTRITO AOS CRIMES FUNCIONAIS TÍPICOS. ORDEM DENEGADA. A partir do julgamento do HC 85.779/RJ, passou-se a entender, nesta Corte, que é indispensável a defesa preliminar nas hipóteses do art. 514 do Código de Processo Penal, mesmo quando a denúncia é lastreada em inquérito policial (Informativo 457/STF). O procedimento previsto no referido dispositivo da lei adjetiva penal cinge-se às hipóteses em que a denúncia veicula crimes funcionais típicos, o que não ocorre na espécie. Precedentes. Habeas corpus denegado". (STF, 1ª Turma, HC 95.969/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/05/2009, DJe 108 10/06/2009).

STJ: "(...) Não enseja a defesa preliminar prevista no art. 514 do Código de Processo Penal se a denúncia imputa ao agente público crime funcional e crime não-funcional. Precedentes. 'A defesa preliminar é

aplicada nos casos de crimes funcionais, praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou em razão destas, mas apenas nos casos dos delitos descritos nos art. 312 a art. 326, do Código Penal, que tratam dos crimes funcionais próprios' (RHC 18.336/MS, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 08/05/2006). Mesmo se o caso ensejasse a defesa preliminar, esta diz respeito apenas ao servidor público, não ao co-réu particular. Ordem denegada. Pedido de reconsideração prejudicado". (STJ, 5ª Turma, HC 79.220/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 13/08/2007 p. 401). No mesmo contexto: STJ, 6ª Turma, HC 20.887/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 25/06/2002, DJ 10/03/2003, p. 314.

7. Ex-funcionário público: a defesa preliminar a que se refere o art. 514 do CPP só é necessária enquanto o acusado for funcionário público. Logo, se, à época do oferecimento da peça acusatória, o acusado deixara de exercer a função pública (v.g., por ter sido exonerado), é dispensável a defesa preliminar.

✦ **Jurisprudência selecionada:**

STJ: "(...) O procedimento inscrito no artigo 514, do CPP, somente assegura o direito à defesa preliminar ao denunciado nos crimes funcionais, não se aplicando na hipótese em que o réu não mais exerce cargo público, por força de exoneração. (...) Recurso ordinário improvido". (STJ, 6ª Turma, RHC 7.944/GO, Rel. Min. Vicente Leal, j. 29/10/1998, DJ 14/12/1998 p. 304).

8. Particular na condição de coautor ou partícipe: a defesa preliminar prevista no art. 514 do CPP tem em mira o fato de o funcionário estar sujeito a perseguições em virtude do cumprimento de seus deveres funcionais. Visa proteger o funcionário público em virtude do interesse público a que serve. Portanto, a observância desse procedimento não se estende ao particular que seja corréu, ficando restrita ao *intranseus* (funcionário). Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, HC 79.220/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 13/08/2007 p. 401. Se o funcionário público responde por crime comum, não se aplica o procedimento especial dos arts. 513 a 518 do CPP. Porém, se houver o aditamento da denúncia para inserção de crime funcional típico, aí sim deve ser observado o procedimento sob comentário.

9. Justa causa para a instauração do processo penal: leitura isolada e precipitada do art. 513, *in fine*, do CPP, pode levar à conclusão de que, no procedimento referente aos crimes funcionais típicos, não há necessidade de inves-

tigação preliminar, desde que a peça acusatória esteja instruída com simples documentos ou justificações que façam presumir a existência do delito. Conquanto se saiba que o inquérito policial não é condição *sine qua non* para o oferecimento de uma denúncia (ou queixa), também é sabido que nenhum processo criminal – nem mesmo aqueles contra funcionários públicos – pode ser instaurado se não houver um suporte probatório mínimo quanto à autoria e materialidade (justa causa). Prova disso é o quanto disposto no art. 395, III, do CPP, que

prevê que a peça acusatória deve ser rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da ação penal. Destarte, o art. 513 do CPP deve ser interpretado no sentido de que o oferecimento da peça acusatória pela prática de crime funcional típico não demanda a instauração prévia de inquérito policial, desde que a materialidade do fato e a autoria (ou participação) encontrem suporte probatório em outras peças de informação, como, por exemplo, sindicâncias, processos administrativos, etc.

Art. 514. Nos crimes afiançáveis,¹ estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito,²⁻⁷ dentro do prazo de quinze dias.

Parágrafo único. Se não for conhecida a residência do acusado,⁸ ou este se achar fora da jurisdição do juiz,⁹ ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar.

1. Crimes funcionais afiançáveis: da leitura do art. 514, *caput*, do CPP, depreende-se que a defesa preliminar a que se refere o citado dispositivo legal só se faz necessária quando a imputação versar sobre crimes funcionais afiançáveis. Em se tratando de crimes inafiançáveis, portanto, não haveria necessidade de defesa preliminar. Até bem pouco tempo atrás, tínhamos como exemplos de crimes inafiançáveis o excesso de exação (CP, art. 316, §1º) e a facilitação de contrabando ou descaminho (CP, art. 318), cuja pena é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. Por força da antiga redação do art. 323, I, do CPP, tais crimes eram inafiançáveis, já que a pena mínima a eles cominada era superior a 2 (dois) anos. Ocorre que, com as mudanças produzidas pela Lei n. 12.403/11, todos os crimes funcionais passaram a ser afiançáveis. Face a nova redação dos arts. 323 e 324 do CPP, não há nenhum crime funcional típico que não mais admita fiança, pelo menos em tese. Logo, é de se concluir que a necessidade de notificação do agente público para fins de apresentação de defesa preliminar passou a ser aplicável a todo e qualquer crime funcional típico, inclusive o excesso de exação e a facilitação de contrabando ou descaminho.

2. Defesa (ou resposta) preliminar: funciona como uma oportunidade que o acusado tem de ser ouvido antes de o juiz receber a peça

acusatória, objetivando impedir a instauração de um processo temerário. Esta peça defensiva visa evitar o processo como pena, isto é, impedir a instauração de processo leviano, com base em acusação que a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da peça acusatória possa, de logo, demonstrar de todo infundada. O momento processual para a apresentação da defesa preliminar é entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória. Portanto, o ponto central para identificar a chamada defesa preliminar é o momento de sua apresentação: entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória. Por isso, ainda que o dispositivo legal utilize outra expressão (v.g., Lei n. 11.343/06, art. 55, *caput*, refere-se à “defesa prévia”), se se tratar de oportunidade para manifestação da defesa antes de o juiz receber a peça acusatória, conclui-se que se trata de defesa preliminar. Como a defesa preliminar é apresentada antes de o juiz receber a peça acusatória, infere-se que seu escopo principal é o de convencer o magistrado acerca da presença de uma das hipóteses que autorizam a rejeição da peça acusatória: inépcia da inicial, ausência dos pressupostos processuais ou das condições da ação; falta de justa causa para o exercício da ação penal (CPP, art. 395, I, II e III).

3. Procedimentos criminais em que há previsão legal de defesa preliminar: para além

do art. 514 do CPP, que prevê a apresentação de defesa preliminar dentro do prazo de 15 (quinze) dias, há outros procedimentos criminais que conferem ao acusado o direito de se pronunciar antes do juízo de admissibilidade da peça acusatória.

3.1. Lei de drogas: prevista no art. 55, *caput*, da Lei n. 11.343/06, o prazo para seu oferecimento é de 10 (dez) dias.

3.2. Procedimento originário dos Tribunais: prevista no art. 4º da Lei n. 8.038/90, o prazo para sua apresentação é de 15 (quinze) dias. A mesma lei prevê que, após a apresentação da defesa preliminar, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas (art. 6º), do que se infere a necessidade de fundamentação do recebimento da denúncia.

3.3. Juizados Especiais Criminais: o art. 81 da Lei n. 9.099/95 prevê que, antes de receber, ou não, a denúncia ou queixa, o juiz dará a palavra ao defensor para responder à acusação. Tratando-se, pois, de manifestação da defesa entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória, cuida-se de hipótese de defesa preliminar, com a peculiaridade de ser possível sua apresentação de forma oral.

3.4. Decreto-Lei n. 201/67: ao tratar do procedimento pertinente aos crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores, o art. 2º, inciso I, do referido Decreto-Lei dispõe: “antes de receber a denúncia o juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, no prazo de 5 (cinco) dias. Se o acusado não for encontrado para a notificação, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a defesa, dentro do mesmo prazo”. Apesar do teor do referido dispositivo legal, convém destacar que, por força da Constituição Federal de 1988, prefeitos têm foro por prerrogativa de função perante o respectivo Tribunal de Justiça (art. 29, X). Logo, o procedimento a ser aplicado não é o do art. 2º do Dec. Lei n. 201/67, mas sim aquele da Lei n. 8.038/90. Isso porque, segundo o art. 1º da Lei n. 8.658/93, as normas dos arts. 1º a 12, inclusive, da Lei n. 8.038/90, são aplicáveis

às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dos Tribunais Regionais Federais.

4. Produção probatória por ocasião da apresentação da defesa preliminar: apesar de o contraditório prévio inerente à defesa preliminar conferir à defesa a oportunidade de se manifestar antes do possível recebimento da peça acusatória, entende-se que, nessa fase, só é possível a produção de prova documental. Não se proporciona à defesa, portanto, reação ampla de modo a permitir dilação probatória. Revela-se, pois, inadmissível uma fase instrutória prévia ao recebimento da denúncia, sendo defeso ao acusado requerer produção de provas nesse momento processual, tendo em vista que ainda não existe processo criminal instaurado contra ele.

♦ **Jurisprudência selecionada:**

STJ: “(...) A Lei 8.038/1990 não institui uma fase instrutória prévia ao recebimento da inicial, tampouco assegura à defesa o direito a requerer a produção de provas nesse momento processual, já que não há sequer processo criminal instaurado contra o acusado, mas apenas o oferecimento de uma denúncia cuja admissibilidade ainda será objeto de apreciação pelo Tribunal. No caso dos autos, a defesa pretende, em momento em que se analisa pura e simplesmente a aptidão da inicial acusatória e a existência de justa causa para o início da persecução penal, antecipar fase procedimental na qual se examina o próprio mérito da acusação, buscando elucidar detalhes do ilícito que não guardam relação com o mero juízo de recebimento ou rejeição da inicial acusatória. Ademais, ainda que se pudesse considerar pertinente o pedido formulado pela defesa, o certo é que esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, da produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, tal como ocorreu na hipótese em apreço. Precedentes. Ordem denegada” (STJ, 5ª Turma, HC 198.419/PA, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 27/09/2011).

5. (Des) necessidade de defesa preliminar quando a peça acusatória estiver instruída por inquérito policial: sob a ótica do STJ, a justificativa para a previsão legal da defesa preliminar do art. 514 do CPP é a possibilidade de oferecimento da peça acusatória lastreada tão somente por documentos ou justificações que façam presumir a existência do delito (CPP, art. 513). Nesses casos, é importante garantir

que o funcionário público possa oferecer sua impugnação antes do juízo de admissibilidade da peça acusatória. Portanto, se a denúncia ou queixa estiver respaldada por inquérito policial, torna-se dispensável a notificação prévia do acusado para que ofereça resposta por escrito. A obrigatoriedade da notificação do funcionário público para a apresentação de resposta formal fica restrita aos casos em que a denúncia apresentada estiver baseada, tão-somente, em documentos acostados à representação. A propósito, eis o teor da **Súmula n. 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”. Apesar da posição consolidada no referido verbete sumular, a partir do julgamento do HC 85.779/RJ (Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28/02/2007, DJe 047 28/06/2007), o Plenário do Supremo Tribunal assentou, como obter dictum, que o fato de a denúncia se ter respaldado em elementos de informação colhidos no inquérito policial, não dispensa a obrigatoriedade da notificação prévia do acusado para apresentar a defesa preliminar. Portanto, na visão da Suprema Corte, é indispensável a observância do procedimento previsto no art. 514, mesmo quando a denúncia estiver lastreada em inquérito policial.

✦ **Jurisprudência selecionada:**

STJ: “(...) A notificação prévia do acusado para que ofereça resposta por escrito é dispensada quando a denúncia se encontra devidamente respaldada em inquérito policial. A obrigatoriedade da notificação do funcionário público para a apresentação de resposta formal, fica restrita aos casos em que a denúncia apresentada estiver baseada, tão-somente, em documentos acostados à representação. Precedentes. Recurso desprovido”. (STJ, 5ª Turma, RHC 18.336/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 11/04/2006, DJ 08/05/2006 p. 240).

STF: “(...) Ao julgar o HC 85.779, Gilmar, Inf.STF 457, o plenário do Supremo Tribunal, abandonando entendimento anterior da jurisprudência, assentou, como obter dictum, que o fato de a denúncia se ter respaldado em elementos de informação colhidos no inquérito policial, não dispensa a obrigatoriedade da notificação prévia (CPP, art. 514) do acusado. Habeas corpus deferido, em parte, para, tão-somente quanto ao paciente, anular o processo a partir da decisão que recebeu a denúncia, inclusive, a fim de que se obedeça ao procedimento previsto nos arts. 514 e ss. Do C.Pr.Penal e, em caso de novo recebimento da denúncia, que o seja apenas pelo delito de concussão”. (STF, 1ª Turma, HC 89.686/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/06/2007,

DJe 082 16/08/2007). Com raciocínio semelhante: STF, 1ª Turma, HC 95.969/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/05/2009, DJe 108 10/06/2009.

6. Consequências decorrentes da inobservância da defesa preliminar: se o magistrado não observar o procedimento atinente à defesa preliminar, incumbe à parte prejudicada interpor correição parcial, porquanto se trata de ato tumultuário que caracteriza *error in procedendo* contra o qual não há previsão legal de recurso adequado. Outrossim, a inobservância do procedimento que prevê a defesa preliminar configura tão somente nulidade relativa. Afinal, em sede de nulidades, deve prevalecer o disposto no art. 563 do CPP, que consagra o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não se declara nulidade no caso em que inexistente prejuízo para a apuração da verdade substancial da causa. Conquanto o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito por outro, não se pode olvidar que as regras procedimentais não possuem vida própria, servindo ao regular desenvolvimento do processo, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto. Assim, a eventual inversão de algum ato processual ou a adoção do procedimento ordinário em detrimento de rito especial só podem conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes. Se se trata de nulidade relativa, sua arguição deve ser feita oportunamente, sob pena de preclusão. Para além disso, recai sobre o interessado o ônus de comprovar o prejuízo, sob pena de não reconhecimento da nulidade. Para o Supremo, ainda que não tenha sido observado o procedimento atinente à defesa preliminar, a superveniência de sentença condenatória afasta a possibilidade de reconhecimento da nulidade. Em outras palavras, se a finalidade da defesa preliminar é permitir que o denunciado apresente razões capazes de induzir à conclusão da inviabilidade da ação penal, a ulterior edição de decisão condenatória — fundada no exame da prova produzida com todas as garantias do contraditório —, faz presumido o atendimento daquele requisito inicial. Portanto, anular todo o processo para que a defesa tivesse oportunidade de oferecer fundamentos que não foram capazes de evitar a sentença condenatória, não teria sentido, haja

vista que esta denotaria não só a viabilidade da ação, mas, sobretudo, a própria procedência desta, e deve, assim, ser impugnada por seus fundamentos. Portanto, na visão da Suprema Corte, a superveniência de sentença condenatória, que denota a viabilidade da ação penal, prejudica a preliminar de nulidade processual por falta de defesa preliminar. Ora, se a Suprema Corte vem exigindo a comprovação do prejuízo para o reconhecimento da nulidade, que deve ser arguida oportunamente, forçoso é concluir que, na visão daquela Corte, a ausência da notificação prévia de que trata o art. 514 do CPP constitui vício que gera mera nulidade relativa.

♦ Jurisprudência selecionada:

STJ: “(...) A Eg. Quinta Turma desta Corte firmou posição no sentido de que a não aplicação do art. 38 da Lei 10.409/02, que estabelece a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, implica nulidade relativa, a qual para ser reconhecida necessita da alegação oportuna juntamente com a comprovação do prejuízo. (...) Ordem denegada, nos termos do voto do relator”. (STJ, 5ª Turma, HC 176.295/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 22/03/2011, DJe 04/04/2011). No mesmo contexto: STJ, 5ª Turma, HC 72.306/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/09/2007, DJe 05/11/2007 p. 308; STJ, 5ª Turma, HC 182.142/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/05/2011, DJe 30/05/2011; STJ, 5ª Turma, HC 184.640/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/05/2011, DJe 30/05/2011; STJ, 5ª Turma, HC 127.904/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/05/2011, DJe 24/06/2011.

STJ: “(...) Eventual nulidade decorrente de não aplicação do disposto no artigo 514 do Código de Processo Penal é relativa e, como tal, só pode ser reconhecida mediante demonstração de prejuízo, o que não ocorreu na espécie. Ordem denegada”. (STJ, 6ª Turma, HC 173.384/SC, Rel. Min. Celso Limongi, j. 01/03/2011, DJe 21/03/2011). Na mesma linha: STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.133.603/MG, Rel. Min. Celso Limongi, j. 17/02/2011, DJe 09/03/2011; STJ, 6ª Turma, HC 144.417/RJ, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. 07/10/2010, DJe 16/11/2010. Em julgados mais antigos, a 6ª Turma do STJ se manifestara no sentido de que a inobservância do procedimento que prevê a defesa preliminar gera nulidade de caráter absoluto, que não está sujeita à preclusão, nem é sanável pelo decurso do tempo: STJ, 6ª Turma, HC 138.275/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 05/11/2009, DJe 24/05/2010. E também: STJ, 6ª Turma, HC 99.605/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 13/05/2008, DJe 08/06/2009.

STF: “(...) Funcionário público. Defesa preliminar. Art. 514 do CPP. Ausência. Superveniência de sentença condenatória. Existência de conduta típica. Prejuízo da questão preliminar. HC denegado. A superveniência de sentença condenatória, que denota a viabilidade da ação penal, prejudica a preliminar de nulidade

processual por falta de defesa prévia à denúncia”. (STF, 2ª Turma, HC 89.517/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 15/12/2009, DJe 27 11/02/2010). Na mesma esteira: STF, 1ª Turma, HC 94.011/SP, Rel. Min. Menezes Direito, j. 10/06/2008, DJe 172 11/09/2008; STF, 2ª Turma, HC 100.515/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 16/08/2011.

STF: “(...) A ausência da notificação prévia de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal constitui vício que gera nulidade relativa e deve ser arguida oportunamente, sob pena de preclusão. Precedentes. Inobservância do procedimento ocorrida em razão de equivocada classificação jurídica do fato na denúncia, vício que deveria ter sido afastado pelo juiz da causa no ato de recebimento da inicial. (...) Habeas corpus parcialmente conhecido e na parte conhecida deferida parcialmente a ordem”. (STF, 1ª Turma, HC 91.760/PI, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30/10/2007, DJe 36 28/02/2008). Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC 97.033/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12/05/2009, DJe 108 10/06/2009.

7. Defesa preliminar e (des) necessidade de apresentação concomitante da resposta à acusação:

com as mudanças produzidas pela Lei n. 11.719/08, interpretação literal (e precipitada) do art. 394, §4º, do CPP, pode levar à conclusão de que, nos procedimentos especiais em que há previsão legal expressa de defesa preliminar, também seria necessária a apresentação da resposta à acusação, introduzida no art. 396-A do CPP pela Lei n. 11.719/08. Isso porque, segundo o art. 394, §4º, do CPP, com redação determinada pela Lei n. 11.719/08, “as disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código”. Portanto, ainda que determinado crime esteja sujeito a um procedimento especial previsto no CPP ou na legislação extravagante, o art. 394, §4º, estabelece que as disposições dos arts. 395 (causas de rejeição da peça acusatória), 396 (recebimento da peça acusatória e citação do acusado), 396-A (resposta à acusação) e 397 (absolvição sumária) são aplicáveis a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código. Deixamos de fazer menção ao art. 398, citado no art. 394, §4º, porquanto referido artigo foi revogado pela Lei n. 11.719/08. Logo, nos procedimentos acima citados que preveem defesa preliminar, fica a impressão de que, por força do art. 394, §4º, também passaria a ser exigível

o oferecimento de outra peça defensiva, a resposta à acusação. A defesa preliminar seria apresentada antes do recebimento da peça acusatória; a resposta à acusação, depois do juízo positivo de admissibilidade da inicial. A defesa preliminar continuaria tendo como objetivo principal convencer o juiz acerca da presença de causa de rejeição da peça acusatória (CPP, art. 395), porquanto sua apresentação é feita antes do juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa; como a resposta à acusação é oferecida após a citação do acusado, e, portanto, depois do recebimento da peça acusatória, seu foco deve ser uma possível absolvição sumária (CPP, art. 397), sem prejuízo dos requerimentos, notadamente o de prova testemunhal, juntada de documentos, arguição de preliminares, etc. Sem embargo de opiniões em sentido contrário, pensamos que a apresentação de duas peças defensivas de conteúdo, prazo e amplitude semelhantes, uma *antes* e outra *depois* do recebimento da peça acusatória em tais procedimentos seria (e será) um equívoco procedimental, em patente violação aos princípios do devido processo legal e da razoável duração do processo. A nosso juízo, há necessidade de apresentação de apenas uma defesa, a saber, a defesa preliminar, oportunidade em que deve haver a concentração de todas as teses da defesa, principais e subsidiárias, buscando-se a rejeição da peça acusatória, assim como eventual absolvição sumária, sem se olvidar da necessária especificação de provas, para o caso de eventual prosseguimento do processo. A despeito do teor do art. 394, §4º, do CPP, quando o procedimento especial contar com previsão legal expressa de defesa preliminar, não há necessidade de ulterior apresentação da resposta à acusação. A uma porque, segundo o art. 394, §2º, do CPP, “aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial”. Por sua vez, de acordo com o art. 394, §5º, do CPP, aplicam-se *subsidiariamente* aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário. Os dois dispositivos legais deixam evidente que as alterações introduzidas no bojo do procedimento comum ordinário só

devem ser aplicadas *subsidiariamente*. Ora, por mais que o CPP fale em apresentação da resposta à acusação após o recebimento da peça acusatória, há de se ter em mente que, diversamente do que se dá no procedimento comum, em que a resposta à acusação é a primeira oportunidade que a defesa tem de se pronunciar, os procedimentos especiais acima delimitados já trazem em seu rito a previsão de anterior apresentação de defesa preliminar, cujo momento procedimental é inclusive mais vantajoso – antes do recebimento da peça acusatória. Destarte, com base no princípio da especialidade, não há lógica em se exigir a apresentação de duas peças da defesa, sob pena, inclusive, de se transformar tais procedimentos em ritos mais morosos e complexos que o próprio procedimento comum ordinário. Nesse contexto, em caso concreto apreciado pela Corte Especial do STJ (AgRg na APN 697/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03/10/2012), concluiu-se que, em se tratando de ação penal originária submetida ao procedimento especial da Lei n. 8.038/1990, não há necessidade de se assegurar ao acusado citado para a apresentação da defesa prévia prevista no art. 8º da Lei n. 8.038/1990 o direito de se manifestar nos moldes preconizados no art. 396-A do CPP, com posterior deliberação acerca de absolvição sumária prevista no art. 397 do CPP. Isso porque as regras dos arts. 395 a 397 do CPP já se encontram implícitas no procedimento previsto na Lei n. 8.038/1990, já que, após o oferecimento da denúncia e a notificação do acusado para resposta preliminar (art. 4º), o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas (art. 6º). Assim, à defesa não será causado nenhum prejuízo, visto que o referido art. 6º impõe ao órgão colegiado o enfrentamento de todas as teses defensivas que possam culminar na improcedência da acusação (igual ao julgamento antecipado da lide; art. 397 do CPP) ou na rejeição da denúncia (art. 395 do CPP). Na mesma linha, por ocasião do recebimento da denúncia oferecida em face do então Senador A. N. pela prática dos crimes de corrupção passiva (CP,

art. 317) e tentativa de obstrução à justiça (Lei n. 12.850/13, art. 2º, §1º, c/c art. 14, II, do CP), concluiu a 1ª Turma do STF (Inq. 4.506/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 17/04/2018) que, viabilizada a apresentação da defesa preliminar, caberia ao denunciado, com base no princípio da eventualidade, trazer, nesse momento procedimental, todos os argumentos e documentos de que dispunha de modo a se opor à imputação. Por isso, negou provimento a agravo regimental interposto de decisão que teria indeferido pedido de devolução do prazo de resposta para juntada de documentos complementares pela defesa. Também há precedente do Plenário do Supremo no sentido de que tanto a absolvição sumária do art. 397 do CPP quanto o art. 4º da Lei n. 8.038/90, em termos teleológicos, ostentam finalidades assemelhadas, possibilitando que o acusado se livre da persecução penal, razão pela qual não se justifica a superposição de procedimentos – comum e especial – visando a finalidades idênticas: STF, Pleno, AP 630 AgR/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15/12/2011, DJe 059, 21/03/2012.

8. Acusado em local incerto e não sabido: se o paradeiro do acusado for desconhecido, incumbe ao juiz nomear defensor dativo para apresentar a defesa preliminar. Antes, porém, deve esgotar os meios de localização do acusado. Revela-se desnecessária a notificação

por edital, até mesmo porque não há previsão legal nesse sentido. Na verdade, a publicação de eventual edital ocorrerá tão somente na hipótese de a denúncia ser recebida. Aí sim poderá ser publicado edital de citação, seguido de ulterior suspensão do processo e da prescrição caso não haja o comparecimento do acusado nem tampouco de defensor constituído (CPP, art. 366).

9. Expedição de precatória para fins de notificação do acusado de modo a apresentar defesa preliminar: a parte final do parágrafo único do art. 514 do CPP prevê que não será expedida carta precatória para notificação pessoal do acusado que residir em comarca diversa daquela da causa, devendo o juiz nomear defensor para o oferecimento da defesa preliminar. A nosso juízo, tal preceito é incompatível com a Constituição Federal. Isso porque um dos desdobramentos da ampla defesa consiste no direito que o acusado tem de escolher seu próprio advogado, haja vista a relação de confiança que necessariamente se estabelece entre o acusado e quem o defende. Portanto, o simples fato de o acusado morar em comarca diversa daquela na qual tramita o processo não justifica, *de per si*, a restrição ao seu direito de escolher advogado de sua confiança para oferecer a referida peça defensiva. A nomeação de defensor dativo somente será possível se, após a notificação por carta precatória do acusado, este quedar-se inerte.

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.¹

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

1. Acesso aos autos por parte do(s) defensor(es): a defesa preliminar prevista no art. 514 deve ser oferecida no prazo de 15 (quinze) dias por profissional da advocacia, jamais pelo próprio acusado, a não ser que ele seja advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Para que o defensor possa se manifestar de maneira adequada, deve ter acesso aos respectivos autos. Por isso, a despeito do quanto

disposto no art. 515 do CPP, o ideal é concluir que o prazo para a apresentação da defesa preliminar não deve correr em cartório, leia-se, sem que o defensor possa ter acesso aos autos, sob pena de evidente violação à ampla defesa. Na hipótese de pluralidade de acusados com defensores distintos, o ideal é que o juiz regulamente a saída dos autos de maneira equitativa, proporcionando a todos os defensores o pleno acesso aos autos.

Art. 516. O juiz rejeitará a queixa ou denúncia,¹ em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação.²

1. Rejeição da peça acusatória: o dispositivo legal em estudo deve ser interpretado à luz do art. 395 do Código de Processo Penal, que, a partir da reforma processual de 2008, passou a elencar as causas de rejeição da denúncia ou queixa. Portanto, a peça acusatória oferecida contra o funcionário público pela prática de crime funcional típico deve ser rejeitada nas seguintes hipóteses: I) inépcia da peça acusatória; II) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; III) faltar justa causa para o exercício da ação penal. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor aos comentários ao art. 395 do CPP. O instrumento adequado para a impugnação da rejeição da denúncia ou queixa é o recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, I, do CPP.

2. Julgamento antecipado da lide: pela redação expressa do art. 516 do CPP, fica a impressão

de que a inexistência do crime (fato atípico, lícito ou agente não culpável) ou a improcedência da ação (ausência de materialidade ou de indícios de autoria) deveriam dar ensejo à rejeição da peça acusatória. Porém, se se trata de reconhecimento peremptório da inexistência do crime ou da improcedência da ação, é evidente que há verdadeiro julgamento de mérito absoluto, logo, capaz de produzir coisa julgada formal e material. Portanto, o ideal é concluir que se trata, a parte final do art. 516 do CPP, de verdadeira absolvição sumária, à semelhança daquela prevista no art. 397 do CPP, e não de mera rejeição da peça acusatória. Nesse caso, o instrumento adequado para a impugnação será a apelação, nos termos do art. 593, I, do CPP, já que se trata, a absolvição sumária, de verdadeira sentença absolutória proferida no limiar do processo.

Art. 517. Recebida a denúncia ou a queixa,¹⁻² será o acusado citado, na forma estabelecida no Capítulo I do Título X do Livro I.³⁻⁴

1. Recebimento da peça acusatória e (des) necessidade de fundamentação: como exposto nos comentários ao art. 396 do CPP, prevalece o entendimento jurisprudencial no sentido de que, pelo menos em regra, o recebimento da peça acusatória não precisa ser fundamentado, até mesmo para se evitar que eventual excesso na fundamentação (eloquência acusatória) acarrete indevida antecipação da análise do mérito. No entanto, quando o procedimento legal prever a necessidade de apresentação da defesa preliminar – peça da defesa apresentada entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória –, a exemplo do procedimento originário dos Tribunais, da Lei de Drogas, dos crimes funcionais afiançáveis (CPP, art. 514) e Juizados Especiais Criminais, os próprios Tribunais impõem a necessidade de motivação do ato de recebimento da exordial acusatória.

♦ Jurisprudência selecionada:

STF: “(...) Funcionário público. Defesa preliminar. Oferecimento. Denúncia. Recebimento. Decisão não motivada. Nulidade. Ocorrência. Habeas corpus concedido para anular o processo desde o recebimento da denúncia. Oferecida defesa preliminar, é nula a decisão que, ao receber a denúncia, desconsidera as alegações apresentadas”. (STF, 2ª Turma, HC 84.919/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/02/2010, DJe 55 25/03/2010).

STJ: “(...) Crime de responsabilidade dos funcionários públicos (processo). Denúncia (recebimento). Fundamentação (necessidade). (...) É, então, correto, hoje e agora, interpretando a regra do art. 516 do Cód. de Pr. Penal, admitir que, se se exige a rejeição da denúncia (ato negativo) em despacho fundamentado, também a decisão que a recebe (ato positivo) há de ser, sempre e sempre, devidamente fundamentada. Pensar de maneira outra seria colocar à frente da liberdade a pretensão punitiva, quando, é sabido, o que se privilegia é a liberdade. Nunca é demais lembrar: (I) “havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade,

porque a liberdade anda à frente dos outros bens da vida, salvo à frente da própria vida” (HC-95.838); e (II) “impõe-se, isto sim, se extraiam conseqüências de um bom, se não excelente, princípio/norma, que cumprir ser preservado para o bem do Estado democrático de direito” (HC-96.521). Ordem de habeas corpus concedida para se anular toda a ação penal desde, e inclusive, o recebimento da denúncia – a que se procedeu sem fundamentação”. (STJ, 6ª Turma, HC 76.319/SC, Rel. Min. Nilson Naves, j. 11/12/2008, DJe 23/03/2009).

2. Instrumento adequado contra o recebimento da peça acusatória: o Código de Processo Penal prevê o cabimento de recurso em sentido estrito tão somente contra a decisão que não receber a peça acusatória (CPP, art. 581, I). A decisão que recebe a denúncia (ou queixa) é, portanto, irrecorrível. Sem embargo, a jurisprudência vem admitindo o trancamento do processo penal por meio de *habeas corpus* (ou mandado de segurança) em situações excepcionais quando restar caracterizada situação de patente constrangimento ilegal. Para mais detalhes acerca do assunto, remetemos o leitor aos comentários ao art. 396 do CPP.

3. Citação do acusado: a notificação do acusado para apresentar a defesa preliminar a que se refere o art. 514 do CPP não supre a necessidade de ulterior citação quando a peça acusatória for recebida. Portanto, recebida de maneira fundamentada a peça acusatória, incumbe ao juiz determinar a citação do acusado. Para tanto, deve ser observado o Capítulo I do Título X do Livro I do CPP, ou seja, o quanto disposto entre os arts. 351 e 369.

4. Notificação pessoal do acusado para apresentação da defesa preliminar e ulterior decretação da revelia do acusado citado por edital: nos procedimentos especiais em que há previsão legal de contraditório prévio antes do juízo de admissibilidade da peça acusatória (v.g., art. 514 do CPP), como o acusado é notificado antes do recebimento da peça acusatória para fins de apresentação da defesa preliminar, discute-se acerca do procedimento a ser adotado – decretação da revelia (CPP, art. 367) ou suspensão do processo e da prescrição (CPP, art. 366) – quando

o acusado é notificado pessoalmente, constitui defensor para a apresentação da referida peça, mas, depois, por ocasião da citação, não é encontrado para ser citado pessoalmente, sendo, por isso, citado por edital. A nosso ver, considerando que a citação por edital, com ulterior decretação de revelia, inviabiliza por completo o exercício da ampla defesa, na medida em que impossibilita que o acusado apresente ao juiz sua versão a respeito dos fatos (direito de audiência), cerceando, ademais, o direito de acompanhar, ao lado do defensor por ele constituído, os atos da instrução probatória (direito de presença), não temos dúvida em afirmar que, diante da ausência de qualquer ato de comunicação dando ciência pessoal ao acusado acerca da imputação contra ele formulada, a suspensão do processo e da prescrição prevista no art. 366 do CPP é medida de rigor, sob pena de se admitir que alguém seja condenado sem que jamais soubesse que um processo penal fora instaurado contra sua pessoa. No entanto, se o acusado já fora notificado pessoalmente, tendo inclusive constituído defensor para apresentar a defesa preliminar, isso significa dizer que já tomara ciência da acusação. Logo, mesmo que não seja encontrado depois do recebimento da denúncia para fins de ser citado pessoalmente, e, por isso, seja citado por edital, parece-nos inviável a suspensão do processo e da prescrição, sobretudo se considerarmos que um dos requisitos para a aplicação do art. 366 do CPP é a não constituição de defensor. Destarte, se o acusado já havia constituído defensor por ocasião da notificação pessoal, caso seja citado por edital por não ter sido encontrado, uma vez ultrapassado o prazo de dilação, a solução é a decretação de sua revelia, com o regular prosseguimento do feito, com a ressalva de que, ao invés de nomear um defensor dativo para o exercício da defesa técnica, tal função deve ficar a cargo do defensor outrora constituído pelo acusado. Na mesma linha: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 2 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2012. p. 291.

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.¹

1. Aplicação do procedimento comum ordinário: inserido no procedimento especial dos crimes funcionais típicos, o art. 518 do CPP determina que, após a apresentação da defesa preliminar (CPP, art. 514), recebimento da peça acusatória e citação do acusado, deverá ser observado na instrução criminal e nos demais termos do processo o disposto nos Capítulos I (“Da instrução criminal – arts. 394 a 405”) e III (“Do processo e do julgamento dos crimes da competência do juiz singular – arts. 498 a 502”), Título I (“Do processo comum”),

do Livro II (“Dos processos em espécie”). Destarte, independentemente da pena prevista para a infração, desde que não se trate de infração de menor potencial ofensivo, o feito estará sujeito ao procedimento comum ordinário. Justifica-se a aplicação do referido *iter* procedimental por se tratar do procedimento mais amplo, ou seja, o que melhor assegura às partes o exercício de suas faculdades processuais, o que vem ao encontro dos interesses da Administração Pública quando se trata de crimes funcionais típicos.

Capítulo III

DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS CRIMES DE CALÚNIA E INJÚRIA, DE COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR¹

Art. 519. No processo por crime de calúnia ou injúria,² para o qual não haja outra forma estabelecida em lei especial,³ observar-se-á o disposto nos Capítulos I e III, Título I, deste Livro,⁴ com as modificações constantes dos artigos seguintes.⁵

1. Aplicação residual do procedimento especial dos crimes contra a honra da competência do Juiz singular: na forma simples, os crimes contra a honra previstos no Código Penal – calúnia, difamação e injúria – possuem pena máxima cominada não superior a 2 (dois) anos. Por isso, devem ser tratados como infrações de menor potencial ofensivo. Logo, da competência dos Juizados Especiais Criminais, onde se aplica o procedimento comum sumariíssimo. Portanto, o procedimento especial dos crimes contra a honra previsto no CPP entre os arts. 519 e 523 tem aplicação residual, ou seja, deve ser aplicado tão somente quando o crime contra a honra tiver pena máxima superior a 2 (dois) anos, enfim, quando não se enquadrar no conceito de infração de menor potencial ofensivo. É o que ocorre, por exemplo, com o delito de calúnia com pena majorada (CP, art. 138, c/c art. 141). Raciocínio semelhante é válido para o crime de injúria consubstanciado na utilização

de elementos referentes à religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência (CP, art. 140, §3º, com redação dada pela Lei n. 14.532/23), ao qual é cominada pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Na hipótese de concurso de crimes, se da somatória das penas máximas – ou se do resultado da incidência da majorante em seu *quantum* máximo – resultar pena máxima superior a 2 (dois) anos também será aplicável o procedimento especial dos arts. 519 a 523 do CPP.

♦ Jurisprudência selecionada:

STJ: “(...) CRIMES CONTRA A HONRA. CONCURSO MATERIAL. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 10.259/01. RECURSO IMPROVIDO. Após o advento da Lei n.º 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, os crimes cujas penas não excedam a dois anos passaram a ser considerados como de menor potencial ofensivo, e a competência para processá-los e julgá-los é dos Juizados Es-

peciais Criminais. Na hipótese de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação de competência, será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos. Recurso a que se nega provimento”. (STJ, 6ª Turma, RHC 18.300/SC, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 04/04/2006, DJ 26/06/2006 p. 200).

2. Calúnia, difamação e injúria: conquanto o art. 519 do CPP refira-se apenas aos crimes de calúnia ou injúria, o procedimento especial dos crimes contra a honra da competência do juiz singular também é aplicável ao crime de difamação (CP, art. 139). À época em que o nosso diploma processual penal entrou em vigor (1942), ainda não havia previsão legal do crime de difamação como tipo penal autônomo. Daí a explicação para o lapso do legislador.

3. Aplicação restrita aos crimes contra a honra de natureza comum: os crimes contra a honra não estão previstos exclusivamente no Código Penal (arts. 138 a 140). Com efeito, o Código Penal Militar (arts. 214 e 216) e, o Código Eleitoral (arts. 324, 325 e 326) também contam com tipos penais de calúnia, difamação e injúria, aos quais, à evidência, não se aplica o procedimento especial previsto no CPP. Portanto, o procedimento especial dos crimes contra a honra de competência do juiz singular previsto entre os arts. 519 e 523 do CPP tem aplicação restrita aos crimes contra a honra de natureza comum, desde que não se enquadrem no conceito de infração de menor potencial ofensivo.

4. Procedimento comum ordinário: caso não haja conciliação entre o autor do delito e o ofendido, incumbe ao magistrado aplicar o procedimento comum ordinário do CPP, ainda que o crime contra a honra da competência do

juiz singular não tenha pena máxima igual ou superior a 4 (quatro) anos.

5. Pedido de explicações: de acordo com o art. 144 do CP, “se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa”. Cuida-se de típica providência de ordem cautelar, de caráter facultativo, destinada a subsidiar o oferecimento de peça acusatória pela prática de crime contra a honra. Ao formulá-lo, o interessado invoca, em juízo, tutela cautelar penal, visando a que se esclareçam situações revestidas de equívocidade, ambiguidade ou dubiedade, a fim de que se viabilize o oferecimento futuro da peça acusatória. A notificação prevista no Código Penal (art. 144) traduz mera faculdade processual sujeita à discricção do ofendido. E só se justifica na hipótese de ofensas equívocas. Da mesma forma que o inquérito policial, tais medidas preparatórias visam apenas a fornecer elementos para que o titular da ação forme sua convicção sobre a existência ou não da infração penal, de forma a poder ele decidir sobre a propositura ou não daquela ação. Seu ajuizamento não tem o condão de suspender ou interromper o prazo decadencial para o oferecimento da queixa-crime. Por fim, convém destacar que não há qualquer julgamento acerca do mérito do pedido de explicações. Em outras palavras, o juiz não julga as explicações ou sua recusa em dá-las. Na verdade, uma vez concluído o pedido de explicações, os autos são simplesmente entregues ao interessado sem qualquer pronunciamento acerca do mérito de eventual crime contra a honra.

Art. 520. Antes de receber a queixa,¹ o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo.²⁻³

1. Aplicação restrita aos crimes de ação penal privada: referindo-se o art. 520 do CPP à audiência de reconciliação em momento anterior ao recebimento da *queixa*, o dispositivo legal em estudo deixa claro que o procedimento especial

previsto neste Capítulo tem aplicação restrita aos crimes de ação penal privada. Por consequência, não se aplica aos crimes contra a honra de ação penal pública (incondicionada ou condicionada). A propósito, não custa lembrar que, pelo menos

em regra, os crimes contra a honra são de ação penal privada. Porém, há exceções: a) injúria real: se praticada através de vias de fato, a ação penal será de iniciativa privada, porquanto as vias de fato são absorvidas pelo crime contra a honra; se, todavia, resultar lesão corporal leve ou culposa, a ação penal será pública condicionada à representação; se a lesão corporal for de natureza grave ou gravíssima, a ação penal será pública incondicionada; b) crime contra a honra do Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro: ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça; c) crime contra a honra de funcionário público no exercício das funções: de acordo com a Súmula n. 714 do Supremo, “é concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”; d) crime de racismo de injúria racial: com a entrada em vigor da Lei n. 14.532, a injúria cometida em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional passou a tipificar o crime do art. 2º-A da Lei n. 7.716/89. Logo, por se tratar de espécie de crime racial, cuida-se de delito de ação penal pública incondicionada; e) crime de injúria preconceituosa em razão de religião, condição de pessoa idosa ou com deficiência: referida figura delituosa, mantida no art. 140, §3º, do Código Penal, com redação alterada pela Lei n. 14.532/23, permanece como crime de ação penal pública condicionada à representação, nos termos do art. 145, parágrafo único, do Código Penal, com redação alterada pela Lei n. 12.033/09.

2. Audiência de conciliação: o grande diferencial do procedimento especial dos crimes contra a honra de competência do juiz singular é a audiência de reconciliação prevista no art. 520 do CPP. O escopo dessa audiência é buscar um acordo entre o ofendido e o autor do delito, evitando-se, assim, a deflagração de mais um processo penal. Prevalece o entendimento de que se trata de verdadeira condição de procedibilidade. Por consequência, a não designação dessa audiência em momento anterior ao juízo de admissibilidade da peça acusatória é causa de nulidade relativa do feito. O juiz deve ouvir os envolvidos – agressor e ofendido – separadamente, sem a presença dos seus advogados. Havendo acordo entre os envolvidos, dar-se-á a extinção da punibilidade, com o consequente

arquivamento dos autos (CPP, art. 522). Apesar de o art. 107 do Código Penal não fazer referência a ela, essa conciliação entre o ofendido e o agressor no procedimento especial dos crimes contra a honra da competência do juiz singular tem o condão de acarretar a extinção da punibilidade.

3. Não comparecimento do querelante e do querelado:

de modo a imprimir maior coercibilidade ao comparecimento dos envolvidos à audiência de conciliação do art. 520 do CPP, há quem entenda que a ausência injustificada do querelante (ou do querelado) está sujeita a sanções. Nessa linha, se o querelante não comparecer, subentende-se que deixou de comparecer, sem motivo justificado, a ato do processo a que devia estar presente, o que, segundo o art. 60, III, do CPP, é causa de preempção, e consequente extinção da punibilidade nos crimes de ação penal exclusivamente privada ou personalíssima. Do outro lado, se o querelado se recusar a comparecer à referida audiência, deve o juiz determinar sua condução coercitiva. Sem embargo desse entendimento, parece-nos que o comparecimento dos envolvidos à audiência de conciliação não é obrigatório. Na verdade, se o querelante ou o querelado não compareceram ao referido ato processual, subentende-se que não têm interesse na reconciliação. Por conseguinte, quanto ao querelante, não há falar em preempção. Tampouco se afigura possível a condução coercitiva do querelado, sob pena, inclusive, de se tolher a manifestação voluntária dos envolvidos por ocasião de eventual tentativa de conciliação.

✦ Jurisprudência selecionada:

STF: “(...) Extingue-se a punibilidade, pela preempção, nas ações penais privadas (art. 107, inc. IV, do C. Penal). Configura-se a preempção, dentre outras hipóteses, quando “o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente” (art. 60, inc. III, do C.P.Penal). Não é obrigatório o comparecimento do querelante à audiência de tentativa de conciliação, de que trata o art. 520 do C.P.Penal. Doutrina e jurisprudência. ‘H.C.’ indeferido”. (STF, 1ª Turma, HC 71.219/PA, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 16/12/1994).

STF: “(...) Queixa-crime por injúria e difamação. Audiência prévia de conciliação (CPP, artigo 520). Predisposição da querelante em não transigir, o que tornaria inócua a realização do ato processual. Justificativa acatada pelo juiz. Ausência de nulidade. Precedente. Ordem denegada”. (STF, 2ª Turma, HC 81.264/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05/03/2003, DJ 27/02/2004 p. 37).

Art. 521. Se depois de ouvir o querelante e o querelado, o juiz achar provável a reconciliação, promoverá entendimento entre eles, na sua presença.¹

1. Busca do consenso: acostumado à litigiosidade, o juiz deve se valer de sua vocação para tentar buscar a conciliação entre o querelante e o querelado.

Art. 522. No caso de reconciliação, depois de assinado pelo querelante o termo da desistência, a queixa será arquivada.¹

1. Reconciliação e arquivamento da queixa-crime: como exposto nos comentários ao art. 520 do CPP, se houver a reconciliação entre o querelante e o querelado, dar-se-á a extinção da punibilidade, com o consequente arquivamento dos autos da queixa-crime.

Art. 523. Quando for oferecida a exceção da verdade¹ ou da notoriedade²⁻³ do fato imputado, o querelante poderá contestar a exceção no prazo de dois dias, podendo ser inquiridas as testemunhas arroladas na queixa, ou outras indicadas naquele prazo, em substituição às primeiras, ou para completar o máximo legal.⁴⁻⁵

1. Exceção da verdade: por meio desse procedimento especial, o sujeito ativo do delito tem a possibilidade de provar a veracidade do fato imputado. Cuida-se de incidente processual e prejudicial, pois impede a análise do mérito do crime de calúnia. Além disso, funciona como medida facultativa de defesa indireta, porquanto o acusado pelo delito contra a honra não é obrigado a se valer da exceção da verdade, podendo se defender diretamente. Como a *falsidade* é uma elementar do crime de calúnia – “Caluniar alguém, imputando-lhe *falsamente* fato definido como crime” –, uma vez comprovada a veracidade da imputação, ter-se-á como afastado o juízo de tipicidade do crime do art. 138 do CP. O crime de calúnia admite exceção da verdade, salvo em três hipóteses: nos crimes de ação penal de iniciativa privada, quando o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; nos fatos imputados contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro; nos crimes de ação penal pública, se o ofendido foi absolvido do crime imputado por sentença irrecorrível (CP, art. 140, §3º, I, II e III). Este rol é taxativo e não pode ser ampliado pelo intérprete. A exceção da verdade também é cabível no crime de difamação, mas desde que se trate de crime

cometido contra funcionário público em razão do exercício funcional (CP, art. 139, parágrafo único), pois, nesse caso, o Estado tem interesse em saber que seus funcionários exercem suas funções com dignidade e decoro. Por fim, não se admite a exceção da verdade (ou da notoriedade) em relação ao crime de injúria, já que se trata de crime contra a honra subjetiva.

2. Exceção de notoriedade: parte da doutrina sustenta que não se justifica a punição de alguém pelo crime de calúnia (ou de difamação) se houve mera repetição do que todo mundo já sabia e dizia, pois estará caracterizada a notoriedade do fato, o que, em tese, teria o condão de afastar o juízo de tipicidade de tais crimes. Afinal, como o fato era do conhecimento de todos, não teria havido lesão ao bem jurídico tutelado pelos crimes de calúnia e difamação, qual seja, a honra objetiva. Sem embargo do fato de o Código de Processo Penal fazer referência à exceção da notoriedade no art. 523, a doutrina penal entende que a notoriedade do fato desonroso não autoriza a sua imputação ou propalação. Como o Estado não confere a ninguém o direito de arvorar-se em censor da honra alheia, a comprovação da notoriedade do fato não tem o condão de afastar o juízo

de tipicidade do crime de difamação, nem tampouco do delito de calúnia, até mesmo porque o Código Penal nada dispõe acerca do assunto. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto (*Tratado de Direito Penal. Parte Especial. Vol. 2. Dos crimes contra a pessoa*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 343).

3. Momento oportuno para a oposição da exceção da verdade: parte da doutrina sustenta que a exceção da verdade deve ser oposta por ocasião da apresentação da resposta à acusação, sob pena de preclusão, já que o art. 396-A do CPP refere-se expressamente à oposição das *exceções*, que devem ser autuadas em apartado (CPP, art. 396-A, §1º). A despeito desse entendimento, parece-nos que as *exceções* a que se refere o art. 396-A do CPP são exclusivamente aquelas de natureza processual citadas nos incisos do art. 95 do CPP, ou seja, suspeição (impedimento), incompetência de juízo, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada. Como se trata, a exceção da verdade, de questão prejudicial homogênea que visa à comprovação da veracidade da imputação de modo a afastar o próprio juízo de tipicidade da conduta delituosa a ele imputada, parece-nos que o ideal é admitir a possibilidade de oposição da referida exceção a qualquer momento do processo judicial, até mesmo porque será apreciada pelo juiz tão somente por ocasião da sentença final. Nas demandas que seguem o rito dos processos de competência originária dos Tribunais, há precedentes da 5ª Turma do STJ admitindo a tempestividade da exceção da verdade apresentada no prazo do art. 8º da Lei n. 8.038/90, ainda que o acusado já tenha apresentado defesa preliminar, porquanto esse meio processual de defesa indireta só pode ser manejado após a instauração do processo penal.

✦ **Jurisprudência selecionada:**

STJ:“(…) A exceção da verdade é meio processual de defesa, é instituto de defesa indireta do réu, podendo ser apresentada nos processos em que se apuram crimes de calúnia e de difamação, quando praticado em detrimento de funcionário público no exercício de suas funções. Tem-se entendido que referido instituto defensivo deve ser apresentado na primeira oportunidade em que a defesa se manifestar nos autos. No en-

tanto, o rito dos processos que tramitam em tribunais superiores prevê a apresentação de defesa preliminar antes mesmo do recebimento da denúncia, no prazo de 15 (quinze) dias, conforme dispõe o art. 4º da Lei n. 8.038/1990. Prevê, ademais, após o recebimento da denúncia, o prazo de 5 (cinco) dias para a defesa prévia, contado do interrogatório ou da intimação do defensor dativo, nos termos do art. 8º da referida Lei. Um exame superficial poderia levar a crer que a primeira oportunidade para a defesa se manifestar nos autos, de fato, é no prazo de 15 (quinze) dias, antes mesmo do recebimento da denúncia. Contudo, sem o recebimento da inicial acusatória, nem ao menos é possível processar a exceção da verdade, que tramita simultaneamente com a ação penal, devendo ser resolvida antes da sentença de mérito. Outrossim, diante da natureza jurídica do instituto, que é verdadeira ação declaratória incidental, tem-se como pressuposto lógico a prévia instauração da ação penal. Assim, conclui-se que o prazo para apresentação da exceção da verdade, independentemente do rito procedimental adotado, deve ser o primeiro momento para a defesa se manifestar nos autos, após o efetivo início da ação penal, o que de fato ocorreu no presente caso. O ordenamento jurídico não dispõe sobre a possibilidade de sustentação oral em exceção da verdade, não havendo previsão nesse sentido no Regimento Interno do TJMG nem do STF, que pode ser aplicado subsidiariamente. Ademais, a própria Lei n. 8.038/1990, cujo rito está sendo observado no caso dos autos, faculta a sustentação oral apenas na deliberação acerca do recebimento da denúncia (art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.038/1990) e no julgamento do mérito da ação (art. 12 da Lei n. 8.038/1990). Desarte, tem-se que não é franqueada a utilização da sustentação oral para questão processual incidental. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reconhecer a tempestividade da exceção da verdade, devendo os autos retornar à Corte local, para apreciação da exceção”. (STJ, 5ª Turma, HC 202.548/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24/11/2015, DJe 01/12/2015).

4. Rito procedimental quando oposta a exceção da verdade (ou da notoriedade): recebida a exceção da verdade, o querelante poderá contestá-la no prazo de 2 (dois) dias, podendo arrolar novas testemunhas, substituindo as primeiras arroladas na queixa, ou completar o máximo legal. A exceção deve ser processada nos autos principais, e não em apenso, e decidida com os demais elementos na sentença. Na hipótese de ter sido instaurado outro processo para verificar a ocorrência do crime objeto da exceção da verdade, deve haver a reunião dos feitos em um *simultaneus processus*, haja vista a existência de conexão

instrumental (CPP, art. 76, III). Apesar de o art. 523 do CPP fazer referência apenas ao querelante (autor da ação penal privada), é perfeitamente possível que o titular da demanda seja o Ministério Público, quando se tratar de ação penal pública condicionada à representação, a exemplo do que ocorre nas hipóteses de crimes contra a honra pratica-

dos contra funcionário público em razão das funções (súmula n. 714 do STF).

5. Exceção da verdade oposta em detrimento de querelante dotado de foro por prerrogativa de função: de modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos comentários ao art. 85 do CPP.

Capítulo IV

DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL¹⁻²

Art. 524. No processo e julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial,³ observar-se-á o disposto nos Capítulos I e III do Título I deste Livro,⁴⁻⁶ com as modificações constantes dos artigos seguintes.

1. Bens imateriais: são incorpóreos, mas são dotados de valor econômico. Integram a propriedade intelectual e são protegidos pelo Direito a partir do momento em que se concretizam em obras científicas, literárias, artísticas e invenções em geral.

2. Fundamento constitucional: os crimes contra a propriedade imaterial encontram seu fundamento de validade em diversos dispositivos constitucionais. Nos termos do art. 5º, IX, da CF, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Por sua vez, o inciso XXVII do art. 5º preceitua que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. O art. 216 da Carta Magna também cuida da matéria.

3. Crimes contra a propriedade imaterial: estão previstos no Código Penal (violação de direito autoral – arts. 184 a 186) e na Lei n. 9.279/96 (crimes contra as patentes – arts. 183 a 186; crimes contra os desenhos industriais – arts. 187 e 188; crimes contra as marcas – arts. 189 e 190; crimes cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda – art. 191; crimes contra indicações geográficas e demais indicações – arts. 192 a 194; crimes de concorrência desleal – art. 195).

4. Espécie de ação penal dos crimes contra a propriedade imaterial (ou intelectual): pelo menos em regra, os crimes contra a propriedade imaterial são de ação penal exclusivamente privada. A propósito, o art. 199 da Lei n. 9.279/96 dispõe que, nos crimes previstos naquele título, somente se procede mediante queixa, salvo quanto ao crime do art. 191 (“Reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos”), em que a ação penal será pública. Quanto ao crime de violação de direito autoral previsto no art. 184 do Código Penal, procede-se mediante queixa na hipótese do *caput* (CP, art. 186, I). A ação penal será pública incondicionada nos crimes previstos nos §§1º e 2º do art. 184 do CP e nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público (CP, art. 186, II e III). Por fim, a ação penal será pública condicionada à representação nos crimes previstos no §3º do art. 184 do CP (CP, art. 186, IV). A definição da espécie de ação penal do crime contra a propriedade imaterial é importante para fins de determinação do procedimento

adequado. De fato, em se tratando de crime de ação penal privada, o *iter* procedimental é aquele regulamentado pelos arts. 524 a 530 do CPP, conforme dispõe o art. 530-A do diploma processual penal. Noutro giro, na hipótese de crime de ação penal pública (incondicionada ou condicionada), as etapas procedimentais são aquelas determinadas pelos arts. 530-B e 530-H, consoante se depreende do mandamento inserido no art. 530-I do CPP.

5. Procedimento comum ordinário: independentemente da espécie de ação penal a que esteja sujeito o crime contra a propriedade imaterial – pública ou privada –, e desde que não se trate de infração de menor potencial ofensivo, o procedimento adequado será o comum ordinário (arts. 394 a 405), com as modificações constantes dos arts. 525 a 530-I, ainda que o crime não tenha pena máxima igual ou superior a 4 (quatro) anos. Como se percebe, as peculiaridades atinentes ao procedimento dos crimes contra a propriedade imaterial ficam restritas à fase pré-processual, encontrando-se relacionadas unicamente à materialização dos vestígios deixados com a produção ou reprodução ilícita quando se tratar de infrações não transeuntes, ou seja, que deixam vestígios.

Art. 525. No caso de haver o crime deixado vestígio,¹ a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.²

1. Vestígio: se o crime contra a propriedade imaterial deixar vestígios materiais, ou seja, aqueles capazes de serem captados pelos sentidos humanos (ex: calçado falsificado), impõe-se a realização do exame de corpo de delito, nos exatos termos do art. 158 do CPP.

2. Laudo pericial como condição de procedibilidade: pelo menos em regra, o laudo pericial não é condição *sine qua non* para o oferecimento da peça acusatória. Porém, em se tratando de crime contra a propriedade imaterial que deixa vestígios, revela-se inviável o recebimento da peça acusatória se esta não for instruída com o laudo de exame de corpo de delito. Desaparecendo os vestígios, o exame de

6. Infrações de menor potencial ofensivo: à exceção dos crimes de violação de direito autoral previstos nos §§1º a 3º do art. 184 do CP, todos os demais crimes contra a propriedade imaterial – art. 184, *caput*, do CP, e todos os tipos penais previstos na Lei n. 9.279/96 – são infrações de menor potencial ofensivo, porque a eles é cominada pena máxima não superior a 2 (dois) anos. Estão sujeitos, portanto, à competência dos Juizados Especiais Criminais e, conseqüentemente, a todos os institutos despenalizadores ali previstos, a exemplo da composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Para os crimes que não deixarem vestígios, o procedimento comum sumaríssimo deve ser observado sem maiores preocupações. Todavia, se houver vestígios, a materialidade de tais infrações de menor potencial ofensivo também deve ser aferida mediante exame pericial prévio resultante de busca e apreensão dos bens ilícitamente produzidos ou reproduzidos. Nesse caso, em face da complexidade da prova pericial, é possível o deslocamento da competência para o juízo comum, nos exatos termos do art. 77, §2º, do CPP.

corpo de delito deverá ser indireto, isto é, realizado pelos peritos à vista de outros elementos que não o contato direto com o corpo de delito.

♦ **Jurisprudência selecionada:**

STJ: “(...) Crime contra a propriedade imaterial – Exame Pericial – Procedimento – O ‘exame pericial’ de que fala o art. 525 do CPP constitui exigência para suprir o requisito material da queixa, ou seja, está amparada por indícios de existência da infração penal. Desnecessário o contraditório. Se assim não for, a ação penal restará prejudicada. Nela, sim, apreciar-se-á o mérito. Em consequência, impróprio o recurso de apelação”. (STJ, 6ª Turma, REsp 27.647/PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 17/09/1996, DJ 17/02/1997 p. 2173).

Art. 526. Sem a prova de direito à ação,¹ não será recebida a queixa, nem ordenada qualquer diligência preliminarmente requerida pelo ofendido.²

1. Legitimidade *ad causam*: para que a queixa-crime seja devidamente recebida pelo juiz, e até mesmo para que sejam ordenadas diligências preliminares, o ofendido deve fazer prova do direito à ação, ou seja, deve comprovar sua legitimidade *ad causam* ativa, demonstrando ser o titular do bem jurídico violado através da apresentação dos títulos de propriedade. A título de exemplo, no caso de patentes, o ofendido deve demonstrar ser ele o autor de invenção ou modelo de utilidade em relação aos quais obteve o direito de obter a patente (Lei n. 9.279/96, art. 6º). Tamanha a preocupação do legislador em coibir eventuais abusos por ocasião de eventual busca e apreensão que a própria Lei n. 9.279/96 estipula que responderá por perdas e danos a parte que tiver requerido a referida diligência de má-fé, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro (art. 204). Essa prova do direito à ação é necessária apenas nos casos de ação penal de iniciativa privada. Deveras, em virtude do preceito constitucional do art. 129,

I, não há necessidade de prova do direito à ação nos crimes de ação penal pública.

2. Diligências preliminares: consoante disposto no art. 202 da Lei n. 9.279/96, além das diligências preliminares de busca e apreensão, o interessado poderá requerer a apreensão de marca falsificada, alterada ou imitada onde for preparada ou onde quer que seja encontrada, antes de utilizada para fins criminosos; ou destruição de marca falsificada nos volumes ou produtos que a contiverem, antes de serem distribuídos, ainda que fiquem destruídos os envoltórios ou os próprios produtos. Tratando-se de estabelecimentos industriais ou comerciais legalmente organizados e que estejam funcionando publicamente, as diligências preliminares limitar-se-ão à vistoria e apreensão dos produtos, quando ordenadas pelo juiz, não podendo ser paralisada a sua atividade licitamente exercida.

Art. 527. A diligência de busca ou de apreensão¹⁻² será realizada por dois peritos nomeados pelo juiz, que verificarão a existência de fundamento para a apreensão, e quer esta se realize, quer não, o laudo pericial será apresentado dentro de 3 (três) dias após o encerramento da diligência.³⁻⁴

Parágrafo único. O requerente da diligência poderá impugnar o laudo contrário à apreensão, e o juiz ordenará que esta se efetue, se reconhecer a improcedência das razões aduzidas pelos peritos.

1. Busca e apreensão: em praticamente todas as hipóteses de crimes contra a propriedade imaterial, a prova dos vestígios deixados pela infração penal dependerá de anterior busca e apreensão. Daí a importância do art. 527 do CPP, aplicável apenas para os crimes de ação penal de iniciativa privada. Nesse caso, a diligência deverá ser realizada por dois peritos nomeados pelo juiz. Sem embargo da modificação do art. 159 do CPP pela Lei n. 11.690/08, facultando a realização de perícia por um único perito oficial, tal regra não parece ser aplicável ao procedimento dos crimes contra a propriedade imaterial. Cuida-se, o

art. 527 do CPP, de norma especial em relação ao art. 159, *caput*, do CPP, a exigir que a diligência de busca e apreensão, assim como ulterior exame pericial, seja realizado por 2 (dois) peritos oficiais. Em sentido diverso, quando se tratar de crime de ação penal pública (incondicionada ou condicionada), e sobressair a necessidade de busca e apreensão, o procedimento a ser adotado é aquele previsto no art. 240 do CPP, hipótese em que tal diligência não precisa ser necessariamente realizada por 2 (dois) peritos. Tratando-se de estabelecimentos industriais ou comerciais legalmente organizados e que estejam fun-

cionando publicamente, as diligências preliminares limitar-se-ão à vistoria e apreensão dos produtos, quando ordenadas pelo juiz, não podendo ser paralisada a sua atividade lícitamente exercida (Lei n. 9.279/96, art. 203).

♦ Jurisprudência selecionada:

STF: "(...) Os crimes contra a propriedade imaterial previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184 do Código Penal processam-se mediante ação penal pública incondicionada, sendo, portanto, aplicável a regra geral do art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal, e não o rito processual próprio do art. 524 e seguintes do mesmo diploma. H.C. indeferido". (STF, 2ª Turma, HC 85.177/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 14/06/2005, DJ 01/07/2005 p. 87).

STJ: "(...) Nos crimes contra a propriedade intelectual, de ação penal pública, a autoridade policial pode instaurar o inquérito e proceder à busca e apreensão de acordo com a regra geral descrita no art. 240, § 1º, do CPP, afastando-se a aplicação do artigo 527 do Código de Processo Penal. Recurso especial provido, nos termos do voto do Relator". (STJ, 5ª Turma, REsp 543.037/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21/09/2004, DJ 16/11/2004 p. 313).

2. Contraditório diferido: com o objetivo de se evitar que o contraditório prévio frustre os

objetivos da busca e apreensão, o suposto autor da infração penal não deve ser advertido previamente acerca das diligências requeridas pelo ofendido. Na verdade, o contraditório e a ampla defesa serão exercidos de maneira diferida.

3. Apresentação do laudo pericial: havendo ou não anterior apreensão dos vestígios materiais deixados pelo crime contra a propriedade imaterial, os dois peritos nomeados pelo juiz devem apresentar o laudo de exame de corpo de delito em até 3 (três) dias após a conclusão da diligência.

4. Apreensão do material: pelo menos num primeiro momento, incumbe aos dois peritos nomeados pelo juiz deliberar pela apreensão (ou não) do material localizado. Essa decisão por parte dos peritos não é, todavia, definitiva. De fato, se o laudo for contrário à apreensão, o requerente da diligência poderá solicitar ao juiz que determine a apreensão do material. Na hipótese de o juiz determinar a apreensão do material, restará à parte prejudicada a possibilidade de se insurgir contra essa decisão judicial por meio de mandado de segurança.

Art. 528. Encerradas as diligências, os autos serão conclusos ao juiz para homologação do laudo.¹⁻²

1. Homologação do laudo pericial: uma vez concluído o laudo pericial, os autos devem ser conclusos ao juiz para sua homologação. A validade do laudo está condicionada, pois, à homologação pelo juiz. Esta homologação não representa, todavia, julgamento definitivo sobre a materialidade do crime contra a propriedade imaterial, pois o conteúdo do laudo poderá ser impugnado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa durante o curso da instrução probatória. Essa decisão homologatória do laudo pericial funciona como sentença terminativa de mérito, sujeita à apelação, nos termos do art. 593, II, do CPP.

2. Matéria de defesa: de acordo com o art. 205 da Lei n. 9.279/96, poderá constituir matéria de defesa na ação penal a alegação de nulidade da patente ou registro em que a ação se fundar. A absolvição do réu, entretanto, não importará a nulidade da patente ou do registro, que só poderá ser demandada pela ação competente. Como se percebe, essa nulidade da patente ou do registro consiste em verdadeira questão prejudicial heterogênea não relativa ao estado civil das pessoas, a ser solucionada perante o juízo cível, nos termos do art. 93 do CPP.

Art. 529. Nos crimes de ação privativa do ofendido, não será admitida queixa com fundamento em apreensão e em perícia, se decorrido o prazo de 30 dias, após a homologação do laudo.¹

Parágrafo único. Será dada vista ao Ministério Público dos autos de busca e apreensão requeridas pelo ofendido, se o crime for de ação pública e não tiver sido oferecida queixa no prazo fixado neste artigo.²

1. Prazo decadencial: não há antinomia entre os arts. 38 e 529 do CPP. Portanto, a ciência da autoria do crime contra a propriedade imaterial faz desencadear o prazo decadencial de 6 (seis) meses para a propositura da ação penal privada, nos termos do art. 38 do CPP (art. 103 do CP). Porém, se o ofendido adotar providências nesse prazo de 6 (seis) meses, solicitando as diligências preliminares a que se referem os arts. 527 e 528 do CPP e o laudo pericial for concluído, terá 30 (trinta) dias a partir de então para propor a queixa-crime, sob pena de decadência. Portanto, se iniciado procedimento de apuração da autoria e materialidade do crime contra a propriedade imaterial, o interessado terá o prazo de 30 (trinta) dias – não se conta 1 (um) mês, mas exatos 30 (trinta) dias – para propor a queixa-crime, sob pena de decadência e consequente extinção da punibilidade. Enfim, em se tratando de crimes contra a propriedade imaterial que deixem vestígio, a ciência da autoria do fato delituoso dá ensejo ao início do prazo decadencial de 6 meses, sendo tal prazo reduzido para 30 dias se homologado laudo pericial nesse ínterim. A adoção de interpretação distinta, de modo a afastar o prazo previsto no art. 38 do CPP em prol daquele preconizado no art. 529 do CPP, afigura-se desarrazoada, pois implicaria sujeitar à vontade do querelante o início do prazo decadencial. De fato, fosse isso possível, o querelante, a qualquer tempo, mesmo que passados anos após ter tomado ciência dos fatos e de sua autoria, poderia pleitear a produção do laudo pericial, vindo a se reabrir, a partir da data da ciência da homologação deste elemento probatório, o prazo para oferecimento de queixa-crime. No sentido de que o prazo do art. 529 do CPP não afasta a decadência pelo não exercício do direito de queixa em seis meses, contados da ciência da autoria do crime: STJ, 6ª Turma, REsp 1.762.142/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13.04.2021. Como se trata de causa extintiva da punibilidade, esse prazo deve ser contado à luz do art. 10 do CP. Por consequência, o dia do início – intimação da homolo-

gação do laudo, seja pessoalmente, seja pela imprensa – deve ser levado em consideração. Cuida-se de prazo fatal e improrrogável. Logo, não está sujeito à interrupção, nem tampouco à suspensão. Destarte, na hipótese de o prazo ter fim num final de semana, num feriado, ou num dia em que não haja expediente forense, a queixa-crime deve ser oferecida no primeiro dia útil anterior. Noutro giro, se o crime não deixar vestígios, e, portanto, for dispensável a realização de exame pericial, o prazo decadencial sempre será de 6 (seis) meses, conforme disposto no art. 38 do CPP.

♦ Jurisprudência selecionada:

STF: "(...) Crimes contra a propriedade imaterial. Queixa. Prazo de caducidade. Interpretação conciliatória dos arts. 105 do CP e 38 do CPP com o art. 529 do CPP. O direito de queixa deve ser exercitado dentro dos seis meses que se seguem ao conhecimento, pelo lesado, da autoria da lesão. Mas, iniciado procedimento de apuração, por medida judicial, que objetive estabelecer a prova da autoria e a materialidade do delito, não há que falar na decadência prevista nos arts. 105 do CP e 38 do CPP; a queixa deverá, então, ser oferecida dentro dos 30 dias fixados pelo art. 529 do mesmo CPP. Recurso extraordinário conhecido e provido, para que, afastada a decadência do direito de queixa dos querelantes, examine o Tribunal a quo os demais fundamentos da impetração". (STF, 1ª Turma, RE 95.043/SP, Rel. Min. Oscar Corrêa, j. 22/06/1982, DJ 08/10/1982).

STJ: "(...) O conhecimento pelo ofendido da autoria do fato criminoso dá início à contagem do prazo decadencial de 6 meses para a propositura da ação penal privada (art. 38 do CPP); contudo, iniciado procedimento judicial de apuração, em que se objetiva averiguar a autoria ou a materialidade do delito, o prazo decadencial a ser aplicado deve ser o de 30 dias, ex vi do art. 529 do CPP. Eventual defeito na representação processual do querelante só pode ser sanada dentro do prazo decadencial que, in casu, é de 30 dias a partir da homologação do laudo pericial. Precedentes do STJ e STF. No caso sub judice, a publicação da homologação do laudo pericial se deu em 21.07.2006. Ora, apesar de a ação ter sido ofertada dentro deste prazo (17.08.2006), esta foi instruída com uma procuração com poderes genéricos datada de 2003, sendo regularizada apenas em 18.09.2006, ou seja, fora do prazo decadencial de 30 dias. Habeas Corpus concedido para declarar a extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da decadência (art. 107, IV do CPB) e

estendida aos demais querelados, em conformidade com o parecer ministerial". (STJ, 5ª Turma, HC 91.101/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17/06/2008, DJe 30/06/2008).

STJ: "(...) Tratando-se de crimes contra a propriedade industrial, daqueles que deixa vestígios, a perícia técnica comprobatória da materialidade é condição de procedibilidade para o recebimento da queixa. O prazo para a decadência do direito de queixa nos crimes contra a propriedade industrial é aquele previsto no art. 529 do CPP, tendo início na data da intimação da homologação do laudo pericial, quando o interessado tem ciência e certeza da materialidade do delito. Precedente. Recurso desprovido". (STJ, 5ª Turma, REsp 738.328/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14/03/2006, DJ 03/04/2006 p. 402).

STJ: "(...) Nos crimes contra a propriedade imaterial que deixam vestígio, o prazo decadencial para o oferecimento da queixa é de trinta dias após a homologação do laudo pericial, conforme dispõe o artigo 529 do Código de Processo Penal, e não de seis meses contados da ciência da autoria delitiva. O exame da peça acusatória deixa certo que o resultado da medida cautelar preparatória de busca e apreensão mostrou-se essencial para a propositura da subsequente ação penal, tudo a demonstrar que as condutas de

concorrência desleal ali descritas deixaram vestígio, de modo a atrair a incidência do artigo 529 do Código de Processo Penal. Deve ser considerada, no caso, como termo inicial do prazo de decadência, a data da publicação em cartório da decisão que homologa o laudo pericial, visto que os autos deixam certo que não houve qualquer intimação dos pacientes em momento anterior. Recurso desprovido". (STJ, 6ª Turma, RHC 15.992/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 17/05/2005, DJe 08/06/2009).

2. Vista ao Ministério Público: pelo menos em tese, é possível que a vítima ingresse com pedido de busca e apreensão e realização de laudo pericial por entender que se trata de crime de ação penal de iniciativa privada, mas, posteriormente, constate que se cuida de crime de ação penal pública. Nesse caso, ante a ausência de legitimidade *ad causam* ativa, não lhe será dado oferecer queixa-crime, sob pena de rejeição da peça acusatória (CPP, art. 395, II). Por conseguinte, deve se abrir vista ao órgão ministerial, nos termos do art. 529, parágrafo único, do CPP.

Art. 530. Se ocorrer prisão em flagrante e o réu não for posto em liberdade, o prazo a que se refere o artigo anterior será de 8 (oito) dias¹

1. Prazo para o oferecimento da queixa-crime quando o acusado estiver preso: na hipótese de anterior prisão em flagrante, convertida em prisão preventiva e/ou temporária (CPP, art. 310, II), o prazo para a propositura da queixa-crime será de 8 (oito) dias, a contar da homologação do laudo pericial, e não de 30 (trinta) dias, como consta do art. 529, *caput*, do CPP. Se a queixa-crime não oferecida em até

8 (oito) dias, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade da prisão, com o consequente relaxamento do cárcere *ad custodiam*. Para além disso, também deve ser reconhecida a decadência do direito de queixa, e, por conseguinte, a extinção da punibilidade dos crimes de ação penal de iniciativa privada (CP, art. 107, IV). Este prazo será aplicável apenas para as hipóteses de ação penal de iniciativa privada.

Art. 530-A. O disposto nos arts. 524 a 530 será aplicável aos crimes em que se proceda mediante queixa.¹ (Incluído pela Lei n. 10.695, de 1º.7.2003)

1. Diversidade de procedimento a depender da espécie de ação penal do crime contra a propriedade imaterial: se se tratar de crime contra a propriedade imaterial de ação penal privada, a exemplo do delito previsto no art. 184, *caput*, do CP, o procedimento a ser observado

será aquele regulamentado entre os arts. 524 e 530 do Código de Processo Penal. Por outro lado, na hipótese de crimes de ação penal pública (incondicionada ou condicionada), impõe-se a observância do disposto nos arts. 530-B a 530-H, consoante disposto no art. 530-I do CPP.

Art. 530-B. Nos casos das infrações previstas nos §§1º, 2º e 3º do art. 184 do Código Penal, a autoridade policial procederá à apreensão dos bens ilicitamente¹ produzidos ou reproduzidos,² em sua totalidade, juntamente com os equipamentos, suportes e materiais que possibilitaram a sua existência, desde que estes se destinem precipuamente à prática do ilícito.³ (Incluído pela Lei n. 10.695, de 1º.7.2003)

1. Atuação *ex officio* da autoridade policial:

a partir das mudanças produzidas pela Lei n. 10.695/2003, quando se tratar de crime contra a propriedade imaterial de ação penal pública incondicionada, observadas as restrições constitucionais à busca domiciliar, o Delegado de Polícia deve agir de ofício, determinando a apreensão dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, em sua totalidade, valendo-se do perito oficial para fins de comprovação da materialidade da infração penal, como, aliás, já o faz em vários outros tipos penais. Raciocínio semelhante também se aplica aos crimes de ação penal pública condicionada à representação (ex: art. 184, §3º, do CP). Porém, nesse caso, a atuação da autoridade policial está condicionada ao implemento da representação do ofendido. Apesar de o art. 530-B referir-se apenas às infrações previstas nos §§1º, 2º e 3º do art. 184 do Código Penal, o art. 530-I deixa claro que seus dizeres são aplicáveis a todos os crimes contra a propriedade imaterial apurados mediante ação penal pública (incondicionada ou condicionada).

✦ Jurisprudência selecionada:

STJ: “(...) Nos crimes contra a propriedade imaterial que se processam mediante ação penal de iniciativa pública, a busca e a apreensão podem ser efetuadas pela autoridade policial, nos termos da regra geral do art. 240, § 1º, do CPP, como normalmente ocorre na apuração das demais infrações criminais. Todavia, nos crimes sujeitos à ação penal de iniciativa privada, a medida preparatória criminal deverá ser realizada por dois peritos nomeados pelo juiz, que verificarão a existência de fundamento para a constrição do material a ser submetido à perícia, consoante o disposto nos arts. 527 e 530-A do Código de Processo Penal. No caso, apesar de o mandado de busca e apreensão ter sido deferido com fundamento no art. 240 do Código de Processo Penal, a diligência seguiu o rito especial disposto na legislação de regência, à exceção da presença de duas testemunhas, exigida pelo art. 530-C do mesmo diploma legal. O fato de o exame de corpo de delito ter sido efetivado por apenas um perito oficial não induz à nulidade do procedimento. Tal conclusão

decorre da interpretação sistemática dos arts 527 e 159 da Lei adjetiva, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, que passou a exigir a presença de duas pessoas para realização do exame tão somente na falta de perito oficial. De outra parte, a circunstância de não constar no termo de busca e apreensão a assinatura de testemunhas, especificamente designadas para tal fim, conforme dispõem os arts. 245, § 7º, e 530-C do CPP, não tem o condão de ensejar a nulidade da diligência *sub judice*, por se tratar de mera irregularidade formal. De qualquer forma, os oficiais de justiça que participaram da busca e apreensão, assinando, inclusive, o respectivo termo, podem figurar como testemunhas para atestar a legalidade da diligência, não havendo nenhum impedimento legal nesse sentido. Não se pode olvidar, ainda, que o ato contou com a participação dos representantes legais de ambas as partes, todos com a autorização do Juiz de primeiro grau. Ademais, pacífico na jurisprudência desta Corte que no processo penal vige o princípio ‘pas de nullité sans grief’ (art. 563 do CPP), sendo ônus do interessado demonstrar o prejuízo a que lhe teria sido imposto, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Por fim, a assertiva de que a busca e a apreensão extrapolaram os limites estabelecidos pela ordem judicial que a autorizou, observa-se que a questão não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sendo certo, ainda, que a recorrente não juntou nenhum documento para comprovar o alegado. Recurso a que se nega provimento”. (STJ, 6ª Turma, RMS 31.050/RS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 28/06/2011, DJe 13/10/2011).

2. Bens produzidos ou reproduzidos: segundo a doutrina (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 11ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 941), “*produzidos* são os bens criados ou gerados a partir de um modelo protegido pelo direito autoral (ex: fabricação de calças imitando modelo de grife); *reproduzidos* são os bens multiplicados ou copiados a partir de uma fonte original, sem autorização do autor (ex: CDs e DVDs ‘pirateados’, ou seja, tomando-se um original, busca-se multiplica-lo em várias peças para a venda sem pagamento do direito autoral)”.

3. Equipamentos, suportes e materiais destinados precipuamente à prática dos crimes contra a propriedade imaterial: de

nada adiante o Delegado de Polícia determinar a apreensão dos bens objeto de contrafação se não forem apreendidos, concomitantemente, os petrechos utilizados pelo agente para a produção ou reprodução de tais peças ou objetos. Daí dispor o art. 530-B do CPP que o Delegado de Polícia também deve determinar a apreensão dos equipamentos, suportes e materiais que

possibilitaram a execução dos crimes contra a propriedade imaterial, desde que estes se destinem precipuamente à prática do ilícito. Por conseguinte, uma vez localizado um aparelho profissional de reprodução de DVD's, impõe-se sua imediata retirada da esfera de disponibilidade do agente.

Art. 530-C. Na ocasião da apreensão será lavrado termo, assinado por 2 (duas) ou mais testemunhas, com a descrição de todos os bens apreendidos e informações sobre suas origens, o qual deverá integrar o inquérito policial ou o processo.¹ (Incluído pela Lei n. 10.695, de 1º.7.2003)

1. Auto de apreensão: a documentação da apreensão determinada pelo Delegado de Polícia (CPP, art. 6º, II) é feita por meio do auto de apreensão, que, posteriormente, deve ser juntado aos autos do inquérito policial ou do processo judicial. No caso de crimes contra a propriedade imaterial, este auto de apreensão deve ser subscrito por 2 (duas) ou mais testemunhas, com a descrição de todos os bens apreendidos e informações sobre suas origens. Havendo necessidade, tais testemunhas pode-

rão ser ouvidas no curso das investigações ou do processo judicial. Também se afigura possível sua oitiva por ocasião de eventual procedimento incidental de restituição de coisas apreendidas (CPP, arts. 118 a 124). Nada diz a lei quanto à impossibilidade de policiais assinarem o termo de apreensão. Portanto, sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece não haver óbice à subscrição do auto por testemunhas pertencentes aos quadros da polícia judiciária.

Art. 530-D. Subsequente à apreensão, será realizada, por perito oficial, ou, na falta deste, por pessoa tecnicamente habilitada, perícia sobre todos os bens apreendidos e elaborado o laudo que deverá integrar o inquérito policial ou o processo.¹⁻⁴ (Incluído pela Lei n. 10.695, de 1º.7.2003)

1. Prova pericial: uma vez realizada a apreensão dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, deve ser determinada a realização do exame pericial. À semelhança do que dispõe o *caput* do art. 159 do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.690/08, na hipótese de a perícia ser realizada por perito oficial, ou seja, um funcionário público de carreira que tem a função de realizar perícias determinadas pela autoridade policial ou judiciária, há necessidade de 1 (um) único perito. No entanto, na hipótese de não haver perito oficial, o art. 530-D autoriza a realização do exame pericial por *pessoa tecnicamente habilitada*, leia-se, por um único perito não oficial. Nesse ponto, o dispositivo diferencia-se do art. 159, §1º, do CPP, que exige 2 (dois) peritos não oficiais caso não haja perito oficial.

2. (Im) possibilidade de comprovação do crime do art. 184, §2º, do CP, por laudo pericial feito por amostragem do produto apreendido: é suficiente, para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do CP, a perícia realizada, por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente. No que diz respeito à comprovação da materialidade dos delitos contra a propriedade intelectual, a Lei 10.695/2003 (Lei Antipirataria), além de modificar o art. 184 do CP, incluiu, para facilitar a apuração desses crimes, os arts. 530-A e seguintes no CPP, prevendo a possibilidade de elaboração de laudo pericial

por apenas um perito. Previu-se, também, nos crimes de ação penal pública incondicionada – aos quais se aplica o procedimento previsto nos arts. 530-B a 530-H –, a possibilidade de a autoridade policial agir de ofício, apreendendo o produto ilícito e tomando as medidas necessárias para cessar a atividade criminosa. Por mais que o art. 530-D disponha que a perícia deve ser realizada sobre *todos os bens apreendidos*, a materialidade do crime previsto no art. 184, § 2º, do CP pode ser comprovada mediante laudo pericial feito por amostragem do produto apreendido, já que basta a apreensão de um único objeto para que, realizada a perícia e identificada a falsidade do bem periciado, tenha-se como configurado o delito em questão. Afinal, há critérios estatísticos aptos a permitir que o perito conclua sobre a falsidade ou autenticidade dos bens a partir de exemplares representativos da amostra apreendida. Revela-se, pois, contraproducente a análise de dezenas ou mesmo de centenas de produtos praticamente idênticos para fins de comprovação da materialidade do delito de violação de direito autoral. Entender de forma diversa o disposto no art. 530-D do Código de Processo Penal apenas dificultaria a apuração do delito em questão e retardaria o término do processo judicial, em inobservância ao princípio constitucional da razoável duração do processo, de modo que a exigência do legislador de que a perícia seja realizada sobre todos os bens apreendidos se presta, na verdade, não para fins de comprovação da materialidade delitiva, mas para fins de dosimetria da pena, mais especificamente para a exasperação da reprimenda-base, uma vez que se mostra mais acentuada a reprovabilidade do agente que reproduz, por exemplo, com intuito de lucro, 500 obras intelectuais, do que aquele que, nas mesmas condições reproduz apenas 20.

3. (In) suficiência da análise das características externas do material apreendido para fins de aferição da falsidade necessária à tipificação do delito de violação de direitos autorais (CP, art. 184, §2º): revela-se dispensável excesso de formalismo para a constatação da materialidade do crime de violação de direito autoral, de modo que a simples análise de ca-

racterísticas externas dos objetos apreendidos é suficiente para a aferição da falsidade necessária à configuração do delito descrito no art. 184, § 2º, do CP. Nessa perspectiva, a análise das características externas, tais como a padronização das impressões gráficas, presença de logotipo padrão, códigos IFPI, nome do fabricante, cor do disco, e a conclusão de que os objetos não possuem características de fabricação comuns, são suficientes a atestar a falsificação, até mesmo porque, na maioria dos casos, o conteúdo da mídia falsificada é idêntico ao produto original, situando a diferença unicamente em seus aspectos externos. Ademais, seguindo o intuito da legislação pátria de facilitar o combate à pirataria, não seria razoável exigir minúcias no laudo pericial, como a análise do conteúdo das mídias apreendidas, mesmo porque a caracterização da materialidade delitiva pode ser afirmada até mesmo por exames visuais sobre a mídia fraudada.

4. (In) dispensabilidade da identificação individualizada dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente, na hipótese do crime de violação de direito autoral (CP, art. 184, §2º): para a configuração do crime do art. 184, §2º, do CP, é dispensável a identificação individualizada dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente. Isso porque a violação de direito autoral extrapola a individualidade do titular do direito, devendo ser tratada como ofensa ao Estado e a toda a coletividade, visto que acarreta a diminuição na arrecadação de impostos, reduz a oferta de empregos formais, causa prejuízo aos consumidores e aos proprietários legítimos e fortalece o poder paralelo e a prática de atividades criminosas conexas à venda desses bens, aparentemente inofensiva. Além disso, o tipo penal descrito no art. 184, § 2º, do CP, é perseguido, nos termos do art. 186, II, do mesmo diploma normativo, mediante ação penal pública incondicionada, de modo que não é exigida nenhuma manifestação do detentor do direito autoral violado para que se dê início à ação penal. Consequentemente, não é coerente se exigir a sua individualização para a configuração do delito em questão. Saliente-se, ainda, que o delito previsto no art. 184, § 2º, do CP é de natureza formal. Portanto, não demanda, para sua consumação, a ocorrência de resultado

naturalístico, o que corrobora a prescindibilidade de identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente para a configuração do crime em questão. É nesse sentido o teor da súmula n. 574 do STJ: “Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem”.

♦ Jurisprudência selecionada:

STJ: “(...) Recurso Especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. TESE: É suficiente, para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, a perícia realizada, por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem

os represente. Não se exige, para a configuração do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, que todos os bens sejam periciados, mesmo porque, para a caracterização do mencionado crime, basta a apreensão de um único objeto. A constatação pericial sobre os aspectos externos dos objetos apreendidos já é suficiente para revelar que o produto é falso. A violação de direito autoral extrapola a individualidade do titular do direito, pois reduz a oferta de empregos formais, causa prejuízo aos consumidores e aos proprietários legítimos, fortalece o poder paralelo e a prática de atividades criminosas, de modo que não é necessária, para a caracterização do delito em questão, a identificação do detentor do direito autoral violado, bastando que seja comprovada a falsificação do material apreendido. Recurso especial representativo da controvérsia provido para reconhecer a apontada violação legal e, consequentemente, cassar o acórdão recorrido, reconhecer a materialidade do crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal e determinar que o Juiz de primeiro grau prossiga no julgamento do feito (Processo n. 0024.12.029829-4)”. (STJ, 3ª Seção, REsp 1.456.239/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 12/08/2015, DJe 21/08/2015).

Art. 530-E. Os titulares de direito de autor e os que lhe são conexos serão os fiéis depositários de todos os bens apreendidos,¹ devendo colocá-los à disposição do juiz quando do ajuizamento da ação.² (Incluído pela Lei n. 10.695, de 1º.7.2003)

1. Depositário dos bens apreendidos: com o objetivo de resguardar os direitos autorais e eventualmente conexos, o art. 530-E do CPP dispõe que seus titulares deverão ser nomeados fiéis depositários de todos os bens apreendidos. Justifica-se essa nomeação pelo fato de o Código Penal prever, dentre os efeitos genéricos da condenação, a perda do produto do crime em favor da União, *ressalvado o direito do lesado* ou do terceiro de boa-fé (art. 91, II, “b”). Ora, se os interesses do lesado têm prioridade sobre os interesses do terceiro de boa-fé e da União, não haveria sentido em não se conferir ao titular dos direitos autorais a posse dos bens, até mesmo para resguardar a reparação dos danos causados pelo delito.

2. Colocação dos bens custodiados à disposição do juiz e impossibilidade de prisão civil de depositário infiel: à evidência, o fiel depositário não pode dispor de quaisquer bens postos sob sua responsabilidade. Por isso, uma

vez oferecida a denúncia (ou queixa), aqueles bens apreendidos sob custódia dos titulares dos direitos autorais deverão ser colocados à disposição do juiz. Na hipótese de descumprimento das obrigações do depositário, não se afigura possível a decretação da prisão civil. Deveras, consoante dispõe a **Súmula vinculante n. 25**, “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

♦ Jurisprudência selecionada:

STF: “(...) PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. (STF, Pleno, RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJe 104 04/06/2009).

Art. 530-F. Ressalvada a possibilidade de se preservar o corpo de delito, o juiz poderá determinar, a requerimento da vítima, a destruição da produção ou reprodução apreendida quando não houver impugnação quanto à sua ilicitude ou quando a ação penal não puder ser iniciada por falta de determinação de quem seja o autor do ilícito.¹ (Incluído pela Lei n. 10.695, de 1º.7.2003)

1. Destruição antecipada dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos: quando o produto dos crimes contra a propriedade imaterial é apreendido, faz-se necessária a realização do exame pericial a que se refere o art. 530-D. Diante da possibilidade de a defesa vir a questionar a idoneidade desse exame, pequenas amostras dos bens apreendidos também devem ser preservadas, permitindo-se, assim, a realização de eventual contraprova. Afinal, consoante disposto no art. 159, §6º, do CPP, havendo requerimento das partes, *o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial*, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação. Se, para a persecução penal, é necessária a preservação tão somente de material suficiente para a realização do exame pericial e de eventual contraprova por parte da defesa, é fácil deduzir que, diante da precariedade do armazenamento de tais bens, o restante do produto dos crimes contra a propriedade imaterial deve ser destruído o quanto antes possível, evitando-se, assim, sua subtração e redistribuição para outros contrafeitores. Por

isso, à semelhança do quanto previsto na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06, art. 50, §3º, com redação dada pela Lei n. 12.961/14), o art. 530-E autoriza a destruição antecipada dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos (v.g., fonogramas, videofonogramas, cópia de modelo patenteado), desde que preenchidos os seguintes pressupostos: a) preservação de parte do produto dos crimes contra a propriedade imaterial, seja para fins de realização do exame pericial, seja para fins de eventual contraprova solicitada pela defesa; b) requerimento da vítima; c) quando não houver impugnação à ilicitude, ou quando o processo penal não puder ser iniciado em virtude do desconhecimento da autoria do ilícito. A ressalva constante da parte final do art. 530-F visa evitar que bens, cuja restituição seja pleiteada por alguém, quicá inclusive por um terceiro de boa-fé, sejam destruídos de maneira precoce. Portanto, a destruição antecipada deve recair apenas sobre o material não impugnado quanto à sua ilicitude ou quando o inquérito policial for objeto de arquivamento em virtude da ausência de elementos de informação quanto à autoria.

Art. 530-G. O juiz, ao prolatar a sentença condenatória, poderá determinar a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos¹ e o perdimento dos equipamentos apreendidos, desde que precipuamente destinados à produção e reprodução dos bens, em favor da Fazenda Nacional,² que deverá destruí-los ou doá-los aos Estados, Municípios e Distrito Federal, a instituições públicas de ensino e pesquisa ou de assistência social, bem como incorporá-los, por economia ou interesse público, ao patrimônio da União, que não poderão retorná-los aos canais de comércio.³ (Incluído pela Lei n. 10.695, de 1º.7.2003)

1. Destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos por ocasião da sentença: pelo menos em regra, e desde que preservadas pequenas amostras para eventual contraprova, os bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos devem ser objeto de destruição

na fase procedimental do art. 530-F. No entanto, como exposto anteriormente, nem sempre será possível a realização dessa destruição antecipada. Deveras, interpretação *a contrario sensu* do art. 530-F permite extrair a conclusão de que a destruição antecipada dos bens apreendidos