

EUGÊNIO PACELLI  
DOUGLAS FISCHER

*Comentários ao*  
**CÓDIGO DE  
PROCESSO  
PENAL**  
**E SUA JURISPRUDÊNCIA**

17<sup>a</sup> edição

*Revista, ampliada  
e atualizada*

2025

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# TÍTULO I DO PROCESSO COMUM

## CAPÍTULO I Da Instrução Criminal

**Art. 394.** O procedimento será comum ou especial. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo: (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

I – ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

II – sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

III – sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de Lei especial. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

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

§ 4º 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. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

**394.1. Considerações gerais:** Entendemos que o processo penal é o meio pelo qual se manifesta a jurisdição, motivo pelo qual deve ser analisado pelo prisma de sua finalidade, com a solução do problema apresentado e a concretização do Direito. Assim, há que se ver que os procedimentos constituem a forma de desenvolvimento do processo, delimitando os caminhos a serem seguidos na apuração jurisdicional do caso penal. É o rito processual a ser adotado que se constitui de atos encadeados de forma lógica com a finalidade de chegar ao termo almejado pela instrução. Por evidente, os procedimentos deverão sempre estar adequados aos princípios constitucionais, nota-

damente o do devido processo legal, existente com a finalidade de garantir, dentro de uma maximização possível, a realização da Justiça Penal.

Fixadas essas premissas, mesmo que sucintas, é de se ver que o *caput* do art. 394 estipula uma duplicidade de categorias de procedimentos, em comum e especial.

**394.2. Procedimento comum:** tripartição: O procedimento comum é tripartido em ritos ordinário, sumário e sumaríssimo.

Não temos dúvidas que as alterações trazidas pela Lei nº 11.719/08 foram bastante profundas no que diz respeito aos procedimentos processuais.

Inicialmente, merece destaque o fato de que, em todos os procedimentos (comuns e especiais), *salvo* nas hipóteses do procedimento do Júri e dos Juizados Especiais Criminais, deverá haver resposta escrita da defesa, após a citação do réu. Agora, a citação não mais se dará para interrogatório (realizado no final do procedimento), mas sim para apresentar defesa escrita.

Não se aplica ao procedimento do Júri por expressa disposição legal (§ 3º do art. 394), que ordena sejam observadas as regras procedimentais previstas nos arts. 406 a 497 do CPP. A razão é bastante óbvia, diante da natureza peculiar do procedimento para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (e eventuais conexos, salvo se se tratarem de delitos de *competência de justiça especial* – vide art. 79, do CPP). Uma observação relevante: pela leitura isolada do § 4º, poderia haver (eventual) conclusão no sentido de que precisaria haver uma mescla dos procedimentos no caso do Júri, estando presente, então, uma *possibilidade* de *dúplice absolvição sumária*: uma na fase a que alude o art. 397, CPP; outra na fase do art. 415, CPP. Assim não compreendemos, dada a particularidade do procedimento do Júri, bipartido em duas fases, em que se faculta ao juiz absolver sumariamente apenas em casos excepcionais (só no momento do art. 415, CPP), pois o juiz natural da causa, em regra, é o Tribunal Popular.

Já no que se refere às infrações de *menor potencial ofensivo* (Lei nº 9.099/95), precisa haver maiores cuidados na interpretação da Lei, pois o § 4º do art. 394 estipulou que “*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*” (atente-se que o art. 398 do CPP foi revogado pelo art. 3º da Lei nº 11.719/08, mas não se fez a devida correção na redação do parágrafo em comento).

Compreendemos que, de regra, os ritos para os delitos de menor potencial ofensivo são procedimentos de primeiro grau, salvo nas situações de competências originárias, em que perfeitamente aplicáveis os institutos da transação e suspensão processuais. Nessa linha, não podemos concordar com a aplicação da regra do art. 396 do CPP (“*nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou a queixa, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias*”) ao rito sumaríssimo dos juizados.

Primeiro por haver manifesta incompatibilidade, ao menos nessa parte que estipula a *possibilidade de defesa prévia*, pois, conforme expressa (e especial) disposição do art. 62 da Lei nº 9.099/95, na forma da redação da Lei nº 13.603/2018, o processo “*orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade*”. Em segundo lugar, o próprio art. 396, CPP, refere-se unicamente aos procedimentos *ordinário e sumário*, não incluindo (corretamente) o sumaríssimo (previsto no inciso II *para as infrações penais de menor potencial ofensivo*) em sua redação.

Contudo, quanto às hipóteses dos arts. 395 e 397 (que tratam da rejeição liminar da peça acusatória ou de absolvição sumária), não visualizamos qualquer incompatibilidade com o rito sumaríssimo. É dizer: em se tratando de formalização de acusação, deve o juízo apreciar todas as questões pertinentes e, se for o caso, rejeitar a denúncia (ou queixa, porque cabível também em ações penais privadas, consoante entendimento do STF e do STJ, com o que anuímos). Não por outro motivo que a jurisprudência – corretamente – já vinha reconhecendo a possibilidade do ajuizamento de *habeas corpus* com a finalidade de trancar procedimento criminal em que já realizada transação ou suspensão processuais. Ou seja, se já se admitia o trancamento de procedimento em que realizada a transação ou suspensão processual porque sequer deveria ter havido a angularização que permitiu a incidência dos institutos, mais razão ainda agora em que se possibilita, desde já, pelo novo procedimento, a rejeição da peça acusatória ou a absolvição sumária.

Ainda: não vemos incompatibilidade de rito entre as disposições do § 4º do art. 394 do CPP e aquele previsto para as ações penais originárias de competência de tribunais (prerrogativa de foro). Não significa que se deva aplicar automaticamente o novo procedimento aos ritos previstos em ações penais que tramitem perante tribunais. Absolutamente não. O que estamos a afirmar é que, diante da *compatibilização* das novas regras ao que já existente em leis ou regimentos internos, é possível se cogitar que os tribunais passem também a adotar a possibilidade de absolvição sumária, se presentes as hipóteses elencadas no art. 397, CPP. Igualmente não vemos nenhuma incompatibilidade em que possa (faculdade, portanto) se adotar a *práxis* de realizar o interrogatório do réu como último ato do processo, antes do julgamento pelo colegiado. Mas que fique claro: trata-se de *analogia* e não de *abrangência* das novas regras.

Uma indagação cujo relevo vem sendo dado em tribunais não superiores: acaso admitida a aplicação da absolvição sumária nestes ritos, qual o procedimento se deveria adotar na sessão de julgamento em relação à ordem de sustentação oral?

Como já destacado, item 610.2 (ao que se remete), em se tratando de *recurso exclusivo* do Ministério Público, temos como absolutamente correta a posição do STF (HC nº 87.926-SP, Plenário, DJ de 25.4.2008) de que a sustentação oral será feita *primeiro* pelo *parquet*.

Note-se que a questão ora suscitada é *absolutamente diversa*, não se podendo falar – nem de longe – em eventual *aplicação analógica* do que decidido no referido *leading case*. A fase de absolvição sumária já pressupõe o anterior *recebimento da denúncia*. A defesa, portanto, já teria tido oportunidade de sustentar a inviabilidade da ação penal. Recebida a acusação, se houver fundamentação lastreada em absolvição sumária, caberia a ela, portanto, apresentar sua sustentação oral, querendo. A argumentação desenvolvida na defesa preliminar (verdadeiros fatos *desconstitutivos* – vide, a propósito, as anotações ao art. 156, CPP) tem por escopo o *encerramento abrupto* da persecução penal. Ora, o contraditório, que vem a ser a preocupação demonstrada na decisão da Suprema Corte a que aludimos, tem por objetivo garantir a *contrariedade*, probatória e também argumentativa, às teses deferidas por uma das partes. Nos tribunais, cabe ao Ministério Público sustentar a acusação, *para o recebimento da denúncia*, facultando-se à defesa a sua impugnação, *na mesma ocasião*. Tratando-se, porém, de fase processual *posterior*, deve-se permitir que o *parquet* se manifeste após *conhecer os argumentos* que lhe são desfavoráveis. Exigir, nesse caso, que o *parquet* fale primeiro que a defesa, viola, a mais não poder, o princípio do contraditório, enfraquecendo indevidamente a acusação, que ficaria na dependência do maior ou menor grau de *clarividência* ou de *adivinhação* do membro presente à sessão.

Imagine-se a hipótese em que alguém com foro por prerrogativa de função (e presente a *simetria* se previsto em Constituições Estaduais) está sendo processado por homicídio (prevalente a regra *ratione muneris*). Recebida a peça acusatória e aplicado (analogicamente) o procedimento aqui versado, haveria que se analisar a defesa preliminar para fins de eventual absolvição sumária. O argumento primeiro da defesa é de causa excludente de ilicitude pela *legítima defesa* (situação que se embasaria no inciso I do art. 397 do CPP). Mantido o raciocínio antes referido de alguns tribunais, a acusação deveria falar *antes e sustentar* que o réu *não teria agido* em legítima defesa, como se a ele coubesse algum ônus probatório nesse sentido!

Em resumo: seja no campo da prova, seja no campo da argumentação, compete a quem alega o ônus de sustentar, antes, a sua posição processual.

Prosseguindo.

Também houve inovação processual quanto aos critérios para o estabelecimento dos ritos *ordinário e sumário* (em verdade, este há muito era inaplicável, como se verá). Assim, nos termos dos incisos I e II do § 1º será adotado o rito ordinário quando se tratar de crime cuja sanção *máxima* cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade. Se a pena *máxima* for *inferior* a 4 (quatro) anos, o rito será o sumário.

Uma observação: salvo melhor juízo, *na prática*, a regra será a utilização dos ritos ordinário ou sumaríssimo. Raramente será utilizado o rito sumário. É que para sua incidência a pena *máxima* deverá ser *inferior* a 4 (quatro) anos. Nessas situações, seguindo a tradição legislativa brasileira de cominação de penas (mínimo e máximo em abstrato), a maioria dos casos cuja pena *máxima* seja *inferior* a 4 (quatro) anos (que normalmente é três ou dois) tem como pena *mínima* patamar quase sempre de 1 (um) ano de pena privativa, o que possibilitará (desde que preenchidos os demais requisitos legais, especialmente os subjetivos) a suspensão do processo nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, ensejando, assim, a adoção do rito sumaríssimo. Apenas nas hipóteses em que não encontrado o acusado (art. 66, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95), aí será adotado o procedimento sumário.

Registramos que, na linha do que sempre sustentamos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou inicialmente a admitir a adoção do rito com interrogatório como último ato do processo, mesmo diante da previsão diversa na Lei nº 8.038/90. Posteriormente, a partir de decisão plenária no julgamento do HC n. 127.900/AM (*Rel. Min. Dias Toffoli, decisão de 3.6.2016, publicado no DJ em 3.8.2016*), fixou-se a orientação quanto à aplicação da norma do art. 400 do CPP – a partir daquela data – aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado (princípio do *tempus regit actum*). Difícil é compreender – e também explicar – ulterior decisão tomada em órgão fracionário do STF assentando, em sentido manifestamente contrário ao precedente do plenário, que “o disposto no artigo 400 do Código de Processo Penal, sobre o momento do interrogatório do acusado, não se aplica ao processo-crime militar, ante a especialidade”. (*Habeas Corpus n. 132.847-MS, STF, 1ª Turma, unânime, julgado em 26.6.2018, publicado no DJ em 12.9.2018*).

Importante também aqui anotar que, nos termos do que disposto no § 1º-A do art. 81 da Lei nº 9.099/95 (redação conferida pela Lei nº 14.245, de 22.11.2021), mesmo em se tratando de procedimento sumaríssimo, durante a audiência de instrução, todas as partes deverão respeitar a dignidade da vítima, cabendo ao juiz velar por essa garantia, sendo expressamente vedadas a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios

aos fatos objeto de apuração nos autos, bem assim a utilização de linguagem, informação ou material que ofendam a dignidade da vítima ou testemunhas (remetemos para as anotações aos itens 400.4 e 474.3).

### Jurisprudência

**394.2.** [...] Conforme assentado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 03.03.16, no julgamento do HC 127.900, Rel. Min. Dias Toffoli, deverá ser aplicada a regra geral do artigo 400 do Código de Processo Penal a todas as instruções processuais ainda não encerradas em procedimentos criminais especiais. Em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, afasta-se o princípio da especialidade para assegurar ao acusado que, mesmo no rito processual de ação penal originária de Corte Superior, seja interrogado somente após a oitiva das testemunhas. 3. *Agravo regimental provido (Agravo Regimental na Ação Penal nº 862-RJ, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 5.4.2016, publicado no DJ em 4.8.2016).*

**394.2.** [...] 1. O art. 7º da Lei n. 8.038/1990 determina que “recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso”. A interpretação literal do comando normativo é no sentido de que o interrogatório do réu, nos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, deve ser o ato inaugural da instrução processual penal. 2. No entanto, o dispositivo não se coaduna com os princípios do contraditório e da ampla defesa, que impõem a realização do ato apenas ao término da instrução. 3. Nesse sentido é o entendimento do Pleno e dessa 1ª Turma (AP 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 8.6.2011). (AP 988 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, julgado em 4.4.2017, acórdão eletrônico DJe-101 divulg. 15.5.2017 public. 16.5.2017). 4. Provimento do Agravo para reformar a decisão agravada, determinando que a instrução processual penal se inicie com a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, realizando-se o interrogatório ao final. (*Agravo Regimental na Ação Penal n. 1.027-DF, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 2.10.2018, publicado no DJ em 25.10.2018.*)

**394.2.** [...] Ao rito especial da Lei n. 8.038/90 aplicam-se, subsidiariamente, as regras do procedimento ordinário (art. 394, § 5º, CPP), razão pela qual eventual rejeição da denúncia é balizada pelo art. 395 do CPP, ao passo que a improcedência da acusação (absolvição sumária) é pautada pelo disposto no art. 397 do CPP. [...] (*Ação Penal n. 819-DF, STJ, Corte Especial, unânime, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 7.3.2018, publicado no DJ em 23.3.2018.*)

**394.2.** [...] A norma contida no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente nas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. [...] (*Habeas Corpus nº 132.078, STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 6.9.2016, publicado no DJ em 22.9.2016.*)

**394.2.** [...] 3. No rito estabelecido para o processo penal de competência originária dos Tribunais, em razão de foro por prerrogativa de função, apresentada a denúncia e a resposta prevista no art. 4º da Lei 8.038/90, não pode o Ministério Público reforçar os elementos de convicção, produzindo mais provas antes de proferido o juízo de admissibilidade da denúncia. 4. Às partes não é dado produzir provas nas fases postulatorias. No rito da Lei 8.038/90, entre o oferecimento da denúncia e o juízo de admissibilidade a ser proferido pelo Tribunal, não há espaço para dilações probatórias tais como diligências, oitivas e perícias. O pedido de juntada de documentos é permitido (art. 231, do CPP), cabendo ao relator indeferir a providência, caso tenha caráter irrelevante, impertinente, protelatório ou tumultuário, nos termos do art. 400, § 1º, do CPP. 5. Agravo regimental improcedente. (*Agravo Regimental no Inquérito n. 3.998 – DF, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 8.8.2017, publicado no DJ em 20.10.2017.*)

**394.2.** [...] Não é possível a aplicação dos arts. 396 e 396-A do CPP ao regime da Lei 8.038/90, haja vista a existência de oportunidade para resposta preliminar com regramento próprio (art. 4º da Lei 8.038/90), momento em que é possível alegar toda a matéria pertinente, inclusive meritória, o que permite não somente o recebimento ou a rejeição da peça acusatória, como também a possibilidade de improcedência imediata das imputações. [...] (*Habeas Corpus nº 361.375-*

MA, STJ, 6ª Turma, unânime, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado 1º.9.2016, publicado no DJ em 12.9.2016).

**394.2.** [...] A especialidade da disposição contida no art. 57 da Lei nº 11.343/2006 prevalece sobre a regra geral do Código de Processo Penal (art. 400), de modo que o interrogatório do réu deve ocorrer antes da oitiva das testemunhas. [...] (Recurso em Habeas Corpus nº 37.373-SP, STJ, 5ª Seção, unânime, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 3.9.2015, publicado no DJ em 9.9.2015).

**394.2.** [...] O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, projetou o interrogatório do réu para o final da instrução criminal, prestigiando a máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º, LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput). Por isso que a nova regra do Código de Processo Penal comum também deve ser observada no processo penal militar, em detrimento da norma específica prevista no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69, conforme precedente firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 7.6.2011, impondo a observância do novo preceito modificador em relação aos processos regidos pela Lei Especial nº 8.038/90, providência que se impõe seja estendida à Justiça Penal Militar, posto que *ubi eadem ratio ibi idem jus*. 2. Em situação idêntica à sub examine, a Primeira Turma desta Corte deferiu os HCs 115.530 e 115.698, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 14.8.2012, para determinar ao Superior Tribunal Militar a realização do interrogatório após o término da instrução criminal. [...] 4. Ordem de habeas corpus concedida para determinar a realização de novo interrogatório do paciente, após o término da instrução criminal, à luz da Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal (Habeas Corpus nº 121.877-RJ, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 3.6.2014, publicado no DJ em 24.6.2014).

**394.2.** [...] Procedimento especial da Lei nº 8.038/90: acusado com possibilidade de se manifestar sobre a acusação antes de se tornar réu na ação penal; procedimento comum (Código de Processo Penal): primeira manifestação do acusado ocorre quando ele já é réu no processo. 2. Procedimento da Lei nº 8.038/90 mais benéfico ao acusado quanto ao objeto desta impetração, devendo prevalecer sobre o procedimento comum do Código de Processo Penal. 3. A opção pelo rito da Lei nº 8.038/90 privilegia o princípio da especialidade, aplicando-se a norma especial em aparente conflito com a norma geral, que cede ante a incidência de norma constitucional, como a do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, que tutela o direito fundamental de ampla defesa. 4. Mesclagem do procedimento especial da Lei nº 8.038/90 com o procedimento comum do Código de Processo Penal importaria, no caso, a criação de novas fases processuais, selecionando o que cada uma tem de mais favorável ao acusado, gerando um hibridismo (*tertium genus*) incompatível com o princípio da reserva legal. Ordem denegada (Habeas Corpus nº 116.653-RJ, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 18.2.2014, publicado no DJ em 11.4.2014).

**Art. 394-A.** Os processos que apurem a prática de crime hediondo ou violência contra a mulher terão prioridade de tramitação em todas as instâncias. (Lei nº 14.994, de 9.10.2024)

§ 1º Os processos que apurem violência contra a mulher independem do pagamento de custas, taxas ou despesas processuais, salvo em caso de má-fé. (Lei nº 14.994, de 9.10.2024)

§ 2º As isenções de que trata o § 1º deste artigo aplicam-se apenas à vítima e, em caso de morte, ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, quando a estes couber o direito de representação ou de oferecer queixa ou prosseguir com a ação." (Lei nº 14.994, de 9.10.2024)

O dispositivo foi acrescido pela Lei nº 13.285, de 10.5.2016, com alterações promovidas pela Lei nº 14.994, de 9.10.2024.

Como se sabe, os crimes hediondos são aqueles elencados no art. 1º da Lei nº 8.072/1990 (com as alterações tipológicas pela Lei nº 13.497, de 2017, e também pela Lei nº 13.964/2019), prevendo-se que nesses delitos, na prática da tortura, no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e no terrorismo não pode haver a concessão de anistia, graça, indulto e fiança (sobre a inafiançabilidade de delitos e a questão das prisões cautelares, remetemos às anotações específicas dos itens 304 e 310.8). Também foram inseridos no rol de prioridade de tramitação os crimes cometidos com violência contra mulheres.

Com as modificações inseridas especialmente após a Lei nº 13.964/2019 e 14.688/2023, passaram a ser considerados hediondos os seguintes crimes:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII); (*observação nossa: o acréscimo fora do inciso VIII, que, porém, foi vetado nessa parte*)

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II – roubo:

- a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V);
- b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B);
- c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º);

III – extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º);

IV – extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º)

V – estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º);

VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-A – (vetado)

VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII – favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º);

IX – furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A).

X – induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação realizados por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitidos em tempo real (art. 122, *caput* e § 4º); (Incluído pela Lei 14.811, de 2024)



XI – sequestro e cárcere privado cometido contra menor de 18 (dezoito) anos (art. 148, § 1º, inciso IV); (Incluído pela Lei 14.811, de 2024)

XII – tráfico de pessoas cometido contra criança ou adolescente (art. 149-A, *caput*, incisos I a V, e § 1º, inciso II). (Incluído pela Lei 14.811, de 2024)

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados:

I – o crime de genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956;

II – o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

III – o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

IV – o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

V – o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado;

VI – os crimes previstos no Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), que apresentem identidade com os crimes previstos no art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.688, de 2023)

VII – os crimes previstos no § 1º do art. 240 e no art. 241-B da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). (Incluído pela Lei 14.811, de 2024)

Há de se ver ainda que as penas dos crimes hediondos deveriam ser cumpridas em regime inicialmente fechado e que a progressão dependia do cumprimento de 2/5, para primários, e de 3/5, para reincidentes. Porém é importante destacar que, também com o advento da Lei nº 13.964/2019, modificaram-se os critérios para progressão de regime (que, por serem mais gravosos, aplicam-se apenas aos crimes cometidos a partir de sua vigência), sendo os seguintes, nos termos da nova redação do art. 112 da LEP (tendo-se revogado expressamente o § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 pelo art. 19 da Lei nº 13.964/2019):

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I – 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II – 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III – 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV – 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V – 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI – 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII – 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII – 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I – não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II – não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III – ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV – ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V – não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

§ 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.”

No que se refere ao tema, aponte-se que, nos termos do § 9º acrescido ao art. 2º da Lei nº 12.850/2013 (também pela Lei nº 13.964/2019), o condenado em sentença por integrar organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter o livramento condicional ou outros benefícios se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Prosseguindo no tema central, há de se ver que a finalidade da lei, ao que parece, foi tentar estabelecer a necessidade de uma prioridade dos trâmites processuais para esse tipo de crime. Porém, como sabido, os prazos judiciais não são peremptórios e pouca ajuda, na prática, essa disposição, especialmente porque, na grande maioria das vezes,

esse tipo de crime é de complexidade e demanda uma dilação dos prazos além dos fixados em lei, sem que com isso – se devidamente justificada a necessidade – se reconheçam excessos de prazo.

Em síntese: mais uma regra – dentre tantas – que pouco ajuda para a eficiência do processo penal brasileiro.

### Jurisprudência

**394-A.** [...] 1. A Constituição da República (art. 5º, XXXIX) assegura que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”, postulado que exige a subsunção estrita das condutas e das sanções criminais à moldura normativa. 2. A Lei 13.964/2019, ao alterar o art. 112 da LEP, não tratou, de forma expressa, das condições para progressão de regime do condenado por crime hediondo ou equiparado reincidente em crime comum, somente disciplinando a gradação da reprimenda do apenado primário (inciso V) e do reincidente específico (inciso VII). 3. O silêncio normativo, contudo, deve ser saneado em atenção aos princípios norteadores da hermenêutica penal, cumprindo observar a proscrição à analogia *in malam partem*. 4. Havendo dois incisos que, por analogia, poderiam ser aplicados ao apenado (no caso, o inciso V e o inciso VII), o dispositivo mais benéfico ao acusado (inciso V) é a única solução possível, pois a adoção do critério mais gravoso inevitavelmente importaria afronta ao princípio da vedação à analogia *in malam partem e do favor rei*. Doutrina. 5. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se dá provimento a fim restabelecer a decisão de 1º grau, que aplicou ao apenado o patamar mais benéfico para a progressão de regime (art. 112, inciso V, da LEP). (*Recurso Extraordinário em Habeas Corpus nº 200.879/SC, STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em sessão virtual de 14.5.2021 a 21.5.2021, publicado no DJ em 14.6.2021*)

**394-A.** [...] 1. Esta Corte vem decidindo no sentido de que, com a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, alterada pela Lei n. 13.964/2019, quedou omissa a situação dos agentes condenados por crime hediondo com reincidência não específica, de maneira que tal situação, como prescrevem os princípios gerais do direito penal, deve sempre ser interpretada em favor do réu, o que impede a aplicação por analogia da fração de 3/5 (ou **60%**) realizada pelas instâncias ordinárias no caso em tela, por se tratar de analogia *in malam partem*, possibilidade vedada em nosso ordenamento. Precedentes. 2. Aliás, recentemente, a Terceira Seção desta Corte examinou o tema em recurso especial representativo da controvérsia, ocasião em que firmou a seguinte tese: “É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.” (REsp n. 1.910.240/MG, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira seção, julgado em 26/5/2021, DJe 31/5/2021). [...] (*Agravo Regimental no HC nº 689.920-SP, STJ, 6ª Turma, julgado em 5.10.2021, publicado no DJ em 8.10.2021*)

**394-A.** [...] 1. A Lei n. 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 e estabelecidos patamares calcados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica. 2. Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia *in malam partem*, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários. 3. Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que *de lege lata*, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benéfica. 4. Dadas as ponderações acima, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por tráfico de drogas, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido – qual seja, de cumprimento de 40%

das reprimendas impostas –, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos. 5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante. (*Recurso Especial nº 1.918.338/MT, STJ, 3ª Seção, unânime, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 26.5.2021, publicado no DJ em 31.5.2021*)

**Art. 395.** A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

I – for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

Parágrafo único. (Revogado). (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

**395.1. Considerações gerais:** Uma vez oferecida a denúncia ou a queixa, impõe-se (tal como se fazia no sistema anterior às minirreformas de 2008) que o juiz analise se não se enquadra em algumas hipóteses de sua rejeição liminar. É de se ver, contudo, que o (então) art. 43, CPP (revogado expressamente pelo art. 3º da Lei nº 11.719/08) previa a rejeição da denúncia ou da queixa quando:

- a) o fato narrado não constituísse crime;
- b) já tivesse extinta a punibilidade;
- c) fosse manifesta a ilegitimidade de parte ou faltasse condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

De início se pode constatar que a circunstância de o fato narrado não constituir crime (art. 43, I, CPP) *não é* mais causa de *rejeição* da denúncia ou da queixa (limitadas às hipóteses, agora, do art. 396, do CPP), mas sim de absolvição sumária. Desse modo, e, por exemplo, constatada a atipicidade de conduta pela aplicação do denominado princípio da insignificância (para nós que o tema se resolve em sede de tipicidade), não será caso de rejeição da peça acusatória, mas de ulterior absolvição sumária no devido momento previsto atualmente pela legislação.

Analisemos as hipóteses detalhadamente.

### Jurisprudência

**395.1.** [...] Além da presença dos requisitos do art. 41 do CPP, está presente a “justa causa” para a ação penal (CPP, art. 395, III), analisada a partir de seus três componentes – tipicidade, punibilidade e viabilidade –, de maneira a garantir a presença de um “suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria” (Inq. 3.719, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 30/10/2014). [...] (*Petição nº 9.456/DF, STF, Plenário, por maioria, vencido Min. Marco Aurélio, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 28.4.2021, publicado no DJ em 21.6.2021*)

**395.1** [...] A denúncia deve ser recebida desde que, atendido seu aspecto formal (art. 41, c/c o art. 395, I, do CPP) e identificada a presença tanto dos pressupostos de existência e validade da relação processual quanto das condições para o exercício da ação penal (art. 395, II, do CPP), venha acompanhada de lastro probatório mínimo a amparar a acusação (art. 395, III, do CPP). [...] (*Habeas Corpus nº 426.807/RJ, STJ, 6ª Turma, unânime, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11.5.2021, publicado no DJ em 18.5.2021*)

**395.1.** [...] Quando se trata de apreciar a alegação de inépcia da denúncia ou de sua esqualidez por qualquer outro motivo, dois são os parâmetros objetivos que orientam tal exame: os arts. 41 e 395 do Código de Processo Penal. O art. 41 indica um necessário conteúdo positivo para a denúncia, pois ela, denúncia, deve conter a exposição do fato criminoso, ou em tese criminoso, com todas as suas circunstâncias, de par com a qualificação do acusado, ou, de todo modo, conter esclarecimentos que possam viabilizar a defesa do acusado. Isso para que o contraditório se estabeleça nos devidos termos. Já o artigo 395, este impõe a peça de acusação um conteúdo negativo. Se no primeiro (art. 41) há uma obrigação de fazer por parte do Ministério Público, no segundo (art. 395) há uma obrigação de não fazer; ou seja, a denúncia não pode incorrer nas impropriedades indicadas no mencionado art. 395 do CPP. 5. [...] Ordem indeferida (*Habeas Corpus nº 98.134, STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 30.11.2010, publicado no DJ em 4.3.2011*).

**395.2. Se a denúncia for manifestamente inepta:** No inciso I, prevê-se a rejeição da denúncia quando ela *for manifestamente inepta*. A inépcia da denúncia (para nós seria desnecessário o advérbio *manifestamente*) se dá quando não reúne as condições necessárias para a instauração da ação penal.

**395.3. Falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal:** No inciso II, repele-se a peça acusatória quando faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal.

### A) Pressupostos processuais

O Direito Processual brasileiro adota critérios mais ou menos bem demarcados quanto à titularidade, oportunidade e viabilidade do exercício da ação penal, bem como acerca dos requisitos de validade da relação processual veiculada no processo. Em relação às primeiras, teríamos as chamadas *condições da ação*, enquanto, relativamente aos demais, os denominados *pressupostos processuais*.

Compreendemos que, por *pressuposto* processual, deve-se entender apenas o antecedente logicamente necessário à própria existência do objeto, em cujo campo se poderá afirmar a validade ou invalidade das atividades nele desenvolvidas. Desse modo, ao menos em nosso entendimento, é possível falar somente em *pressupostos* de existência do processo e da relação jurídica processual, bem como de *requisitos de* validade de seu regular desenvolvimento.

**1. Pressupostos de existência:** Inicialmente, é importante fazer uma distinção fundamental: pressuposto de existência do *processo* não significa o mesmo que pressuposto de existência da *relação processual*. Independentemente da teoria que se adote em relação ao tema (se angular ou triangular), a relação *processual* exige sempre o concurso ou a participação de autor e acusado, perante alguém com jurisdição.

Para demonstrar a necessidade da distinção, veja-se a hipótese da decisão que rejeita liminarmente a denúncia ou a queixa (art. 395, CPP). Nessa situação, malgrado incompleta a relação processual, já que o acusado sequer teria sido chamado em juízo, é bem de ver que, ao menos para nós, teria existido *processo*. Desse modo, insistimos, não

nos parece mais abalizada a doutrina que inclui, entre os pressupostos de *existência* do processo, a presença de partes, autor e réu, exigência essa ligada apenas à existência da relação jurídica processual penal.

Destacamos também que não se adere aos posicionamentos que afirmam como *pressuposto de existência do processo* a presença do órgão jurisdicional constitucionalmente competente, em razão à garantia constitucional do juiz natural. Primeiro porque a função jurisdicional é una, prestando-se à repartição de competências unicamente à adequada operacionalidade da jurisdição, consoante os critérios de especialização (em razão da matéria ou em razão das funções ocupadas pelo autor do fato, competência *ratione muneris*). Assim, quando é provocada a jurisdição (cível ou penal), é o Estado quem atua nos autos, materializando-se a atuação no processo.

Nesse contexto, inevitável deixar de referir que perante juiz absolutamente incompetente o processo existe, porém é nulo. Com uma ressalva. Como se sabe, do ato inexistente não resulta efeito algum, ao contrário do que ocorre com o ato nulo. Neste, embora, em regra, não se admita a produção dos efeitos que lhe são próprios, é possível, diante de previsão normativa, atribuir-lhe consequências jurídicas. Eis a razão (e a referência à *ressalva* anteriormente) pela qual não se pode processar novamente pelo mesmo fato quem já tenha sido *absolvido* em outro processo, ainda que desenvolvido com violação à regra do juiz natural (art. 8º, 4, do Pacto de San José da Costa Rica c/c Decreto nº 678/92). Não por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo em dias atuais que o vício de incompetência constitucional é causa de nulidade absoluta, e não de inexistência do processo.

**2. Pressupostos de validade:** De modo similar ao processo civil, também no processo penal exige-se o cumprimento de alguns requisitos sem os quais a relação processual não terá como se desenvolver *validamente*. Os requisitos de validade do processo podem ser subjetivos (dizem respeito ao juiz e às partes) ou objetivos (relacionam-se ao próprio objeto da ação penal).

### 2.1. Requisitos subjetivos:

2.1.1. Quanto ao juiz: a competência e a imparcialidade (ausência de suspeição, impedimento ou incompatibilidade, mesmo que o art. 564, I, CPP, se refira unicamente à suspeição e ao suborno do magistrado – vide anotações ao item 564.2).

### 2.1.2. Quanto às partes:

- a) capacidade e legitimidade processual;
- b) capacidade postulatória: se não habilitada, a parte deve ser representada por advogado em juízo. Excetuam-se de tal exigência o *habeas corpus* (art. 654, CPP), revisão criminal (art. 623, CPP), alguns recursos (art. 577, CPP – em primeiro grau) e incidentes de execução, como a hipótese de reconhecimento de anistia ou indulto (art. 187, LEP) e reabilitação (art. 743, CPP).

### 2.2. Requisitos objetivos:

2.2.1. Citação válida: a citação é elemento fundamental para que seja instaurada a relação processual. A inobservância da citação válida acarreta a nulidade absoluta *do ato* (art. 564, III, e, CPP), embora esse vício seja considerado suprido pelo comparecimento espontâneo da parte (vide anotação ao item 564.10 e ao art. 570, CPP).

2.2.2. Necessidade de atendimento aos requisitos da denúncia ou queixa (art. 41, CPP), no que se refere à idoneidade formal da peça exordial.

Embora se encontrem posicionamentos defendendo que a coisa julgada e a litispendência também seriam requisitos objetivos de validade, assim não compreendemos. Tem-se que ambas não dizem respeito à validade do processo, até porque o vício – se e quando existente – se encontra fora do processo, ou seja, decorre unicamente da existência de outro feito, versando (ou então já decidindo) a mesma pretensão. Assim, a hipótese estaria ligada à admissibilidade da mais recente ação, e não propriamente a uma questão de invalidade do processo.

## B) Condições da ação

As condições da ação estipulam limites para o conhecimento e julgamento de pretensão veiculada pela demanda relacionados ao preenchimento prévio de determinadas exigências ligadas à identidade das partes, com referência ao objeto da relação de direito material ou ainda à comprovação da efetiva necessidade da atuação jurisdicional.

Assim, as condições da ação se constituiriam em determinados condicionamentos ao exercício da provocação do poder jurisdicional, cujo desatendimento não impediria o direito à jurisdição ou ao processo, mas sim ao julgamento da pretensão de direito material a ela apresentada (mérito). Mister destacar que mérito na ação penal deve ser entendido como sendo: (a) existência de um fato (materialidade); (b) ser esse fato imputável ao acusado (autoria); (c) constituir esse fato uma ação típica, ilícita e culpável; (d) não se encontrar extinta a punibilidade.

### Jurisprudência

**395.3.** [...] O Tribunal, ao julgar apelação do Ministério Público contra sentença absolutória, não pode acolher nulidade – ainda que absoluta –, não veiculada no recurso da acusação. Interpretação da Súmula 160/STF que não faz distinção entre nulidade absoluta e relativa. Os atos praticados por órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente são atos nulos e não inexistentes, já que proferidos por juiz regularmente investido de jurisdição, que, como se sabe, é una. Assim, a nulidade decorrente de sentença prolatada com vício de incompetência de juízo precisa ser declarada e, embora não possua o alcance das decisões válidas, pode produzir efeitos. Precedentes. A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o do devido processo legal e o do juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo. Por isso, estando o Tribunal, quando do julgamento da apelação, adstrito ao exame da matéria impugnada pelo recorrente, não pode invocar questão prejudicial ao réu não veiculada no referido recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, decorrente da incompetência do juízo. *Habeas corpus* deferido em parte para que, afastada a incompetência, seja julgada a apelação em seu mérito (HC nº 80.263-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Plenário, julgado em 20.2.2003, publicado no DJ em 27.6.2003).

**395.3.1. Interesse de agir:** No âmbito das ações penais condenatórias, está relacionado diretamente com a viabilidade do acionamento da máquina judiciária por quem detém legitimidade ativa com a finalidade de buscar a responsabilização de quem tenha praticado o fato ilícito. Contudo, a imposição da pena (efetividade) somente poderá ocorrer, por evidente, após a observância do devido processo legal. Dentro desses parâmetros, embora com algumas nuances diversas, o interesse de agir no âmbito do processo penal se assemelha ao do processo civil. Entretanto, uma observação: no processo

penal, compreendemos que o interesse de agir está relacionado diretamente com a efetividade do processo, de modo ser possível assentar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e anterior, uma viabilidade mínima de satisfação futura da pretensão que é trazida em seu bojo. Noutras palavras, pela ótica da efetividade, o processo criminal deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar (em tese) os diversos escopos da jurisdição.

Malgrado o teor da Súmula 438, STJ: “*É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal*” – publicada no DJ em 13.5.2010; defendemos a possibilidade da chamada *prescrição em perspectiva* (ou pela pena concreta projetada) nos casos em que, de modo certo hialino, pelo que se tem conhecimento desde já (início do processo criminal), a pena concretizada redundará, no futuro, em prescrição retroativa (art. 110, § 1º, CP). Importante repisar: o reconhecimento da falta de interesse de agir pela *prescrição em perspectiva* deve-se dar sempre de modo *excepcional*, para aquelas situações flagrantes que gerarão ulterior prescrição. É dizer: não há qualquer utilidade na utilização do processo criminal nessas situações.

Não há uma *fórmula matemática* para assentar a ausência de interesse de agir em face da prescrição em perspectiva. Pela excepcionalidade do instituto – de criação doutrinária e jurisprudencial (embora com dissensos, como adiante se verá) –, entendemos que deva se dar da seguinte maneira (sempre à luz do caso concreto).

O art. 109 do CP, adaptado aqui porque aplicável para fins de prescrição retroativa (art. 110, § 1º, do CP), estipula os seguintes marcos prescricionais: (a) em 20 anos, se o máximo da pena (em concreto) é superior a 12; (b) em 16 anos, se o máximo da pena (em concreto) é superior a 8 anos e não excede a 12; (c) em 12 anos, se o máximo da pena (em concreto) é superior a 4 anos e não excede a 8; (d) em 8 anos, se o máximo da pena (em concreto) é superior a 2 anos e não excede a 4; (e) em 4 anos, se o máximo da pena (em concreto) é igual a 1 ou, sendo superior, não excede a 2; (f) em 3 anos, se o máximo da pena (em concreto) é inferior a 1 ano (*a Lei nº 12.234, publicada em 5.5.2010, alterou o prazo mínimo prescricional de 2 para 3 anos. Assim, somente aos crimes cometidos a partir da vigência da nova Lei se aplica o marco de 3 anos. Para os fatos anteriores, o prazo prescricional é de 2 anos*).

De relevo acrescer que, nos termos do § 1º do art. 110 do CP, na redação conferida pela Lei nº 12.234, “*a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa*”. Ou seja, para os fatos criminosos cometidos a partir das novas regras, não há mais se falar na possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa entre o fato e o recebimento da denúncia.

Se existir a possibilidade – ainda que mínima, mas razoável – de a pena em concreto ser fixada um dia acima do mínimo em abstrato e daí decorrer a alteração de parâmetros do prazo prescricional, entendemos que *não* se deva aplicar o instituto da prescrição em perspectiva.

Por exemplo, para melhor visualização: um delito “X” tem pena de 2 a 5 anos de reclusão. Se fixada a pena no mínimo legal (2 anos), a prescrição dar-se-á em 4 anos (inciso V do art. 109 do CP). Contudo, fixada pelo menos em 1 dia a mais, a prescrição será regulada pelo inciso IV, cujo prazo será de 8 (oito) anos. Altera-se substancialmente o



prazo prescricional: de 4 para 8 anos. Nesses casos em que a diferença é bastante tênue (apenas 1 dia como marco modificador da prescrição retroativa, e, conseqüentemente, para fins de utilização da prescrição em *perspectiva*), entendemos que *não se pode declarar* (antecipadamente) a prescrição em perspectiva. Aqui bastará o conhecimento (ulterior, na instrução processual) de uma circunstância (não sabida eventualmente no início da ação penal) que possa justificar o aumento da pena-base e sua manutenção acima do mínimo legal para afastar a ocorrência da prescrição.

Porém, tomando-se ainda as mesmas penas do delito exemplificativo, se transcorridos 12 anos entre a prática do fato e o recebimento da denúncia (ainda não ocorrido, pendente de análise a peça acusatória), a situação mostra-se um pouco diversa: para que não ocorra prescrição retroativa no futuro, é fundamental que a pena fixada (sem a consideração de eventuais acréscimos pelo crime continuado ou concurso formal – art. 119, CP e Súmula 497 do STF) na primeira e segunda fases supere 4 anos, chegando muito próximo do máximo, 5 anos (ultrapassando inclusive o chamado “termo médio”, que, no caso, é de 3 anos e 6 meses de reclusão).

Malgrado as considerações acima, fundamental assentar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o reconhecimento da prescrição em perspectiva, objeto, inclusive, da Súmula 438, STJ.

### Jurisprudência

**395.3.1.** [...] Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva “em perspectiva, projetada ou antecipada”. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal (*Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 602.527-RS, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, unânime, julgado em 19.11.2009, publicado no DJ em 18.12.2009*).

**395.3.1.** [...] Recentemente, o Plenário desta Suprema Corte, na Repercussão Geral por Questão de Ordem no RE nº 602.527/RS, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJe de 18/12/09), reafirmou a jurisprudência no sentido da impossibilidade de aplicação da chamada prescrição antecipada ou em perspectiva por ausência de previsão legal. [...] Ordem denegada (*Habeas Corpus nº 97.599-SC, Rel. Min. Dias Toffoli, STF, 1ª Turma, publicado no DJ em 16.4.2010*).

**395.3.2. Legitimidade:** Nas ações penais condenatórias, há uma prévia estipulação de quem são os legitimados a mover a justiça criminal. Como regra, a atividade persecutória é privativa do Ministério Público (art. 129, CF). São as hipóteses das ações penais públicas incondicionadas e das condicionadas à representação. Em caso de inércia estatal (desde que preenchidas as demais condições), reserva-se a determinadas pessoas a possibilidade de atuar em substituição ao Estado. Trata-se das ações penais privadas subsidiárias das públicas. Nestas, acaso ajuizadas, a titularidade poderá ser retomada pelo Ministério Público em qualquer momento. Por fim, há as ações exclusivamente privadas, em decorrência de peculiaridades de algumas infrações penais e das conseqüências que delas resultam.

É de se ver ainda que, mesmo se tratando da legitimidade do Ministério Público, não se pode descurar das atribuições respectivas previstas em sede constitucional. É dizer: nos crimes de competência federal (em razão da matéria), somente ao Ministério