

Reflexões no Processo Penal

CLÁUDIA MARCIA GONÇALVES VIDAL

Juíza de Direito do TJ/RJ

1. INTRODUÇÃO

As lições aprendidas nos bancos das Universidades muitas vezes não são suficientes à solução imediata de alguns questionamentos que vão surgindo na vida prática do operador do Direito.³²⁵

A leitura fria dos textos legais não rompe, por vez, com a humanidade exigida no caso concreto. Mas, há os que mesmo diante do caos criado pela inexperiência - ou mesmo despreparo - do Legislador preferem usar da inteligência para a prevalência da negação jurídica, optando por arguições - infundadas - de nulidades. Eis aqui, o *meu* protesto a tantas inflexões postas aos juízes antes da apreciação da causa.

II - DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE POR INSTRUIR A AÇÃO PENAL PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRESIDIDO POR PROMOTORES DE JUSTIÇA

Inexistindo referência em cláusula constitucional à exclusividade da Polícia Judiciária - nem mesmo no § 4º, do art. 144 da Constituição da República - para a atividade investigatória, não se pode crer vedado ao Ministério Público o seu exercício.³²⁶

Conferiu a Constituição da República, por outro lado, de forma expressa - em seu art. 129 - poderes ao parquet para **promover a ação penal pública** (inc.I); expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva (inc. II); **exercer o controle externo da atividade policial**, na forma da lei complementar (inc. III); **requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial**, indicados os funda-

³²⁵ Constitui-se o texto em uma coletânea de decisões.

³²⁶ "Têm-se como válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente, visando à instrução de seus procedimentos administrativos, para fins de oferecimento de denúncia" (STJ HC 13.368/DF 5ª Turma em 03.04.01) Em idêntico sentido : STJ HC 7445/RJ (RSTJ 131/313, RT 764/507, JSTJ 3/307, RMP 9/449, JSTJ 15/351) RHC 8025-PR; STF HC 75769/MG, HC 77.770.

mentos jurídicos de suas manifestações processuais.³²⁷

Evidente o contra-senso na adoção de uma interpretação sem sistemática que **reconhece os citados poderes ao Ministério Público, e lhe exclui o de investigar por si mesmo a prática de ilícitos**, mormente quando se revela omissa ou ineficiente a Polícia Judiciária. Polícia esta que se limita à confecção das peças técnicas, sem maiores preocupações com as demais provas.

A inércia confere legitimidade constitucional e interesse jurídico ao Ministério Público, que dirá quando há uma relação *direta ou mesmo indireta* do investigado com a própria Polícia Judiciária.

Repita-se. **A atribuição ordinária da Polícia Judiciária na apuração das infrações penais não lhe é exclusiva, podendo a investigação penal, em caráter eventual e extraordinário, ser exercida na fase pré-processual, por outras autoridades, inclusive judiciárias.**

É o que se conclui do próprio art. 33, parágrafo único da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, ao dispor que tem o Tribunal ou o órgão especial competente para o julgamento que prosseguir nas investigações, quando há indícios da prática de crimes por magistrados. E as Comissões Parlamentares de Inquérito - previstas na Lei 1.579/52 - que originam inquéritos parlamentares que servem de base para o ato instaurador da instância penal? Inconstitucionais? É evidente que não.

A verdade é que **há mais de meio século encontra-se patente em Lei Federal** - art. 4º, parágrafo único, art. 12, art. 27, art. 39, § 5º e art. 46, § 1º do Código de Processo Penal - **que o Ministério Público pode presidir inquéritos policiais para investigação penal e nunca foi reconhecida a inconstitucionalidade dos citados dispositivos.**

Letra morta, também, seria considerado o art. 28 do Código de Processo Penal ao dispor que pode o parquet pedir o arquivamento de “quaisquer peças de informação”?

Estranho entendimento o que reconhece ao parquet o poder de arquivar, de requisitar, de instaurar a ação penal, mas que lhe relega a figura de mero espectador do insucesso - em regra patente - **da Polícia Judiciária.**

“Em verdade, como adverte a sã doutrina, quanto mais se mantiver o

327 “Não há ilegalidade nos atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos a fim de instruir seus procedimentos administrativos, visando ao oferecimento da denúncia. A atuação do órgão do Ministério Público não é vinculada à existência do Inquérito Policial - o qual pode ser eventualmente dispensado para a proposição da ação penal.” (STJ HC 12.685/MA 5ª Turma em 03.04.2001) Em idêntico sentido : STJ RHC 6128/MG Lex STJ v.106 jun/98/278; HC 10725-PB JSTJ 15/231; HC 12704/DF.

Ministério Público distanciado das fontes de prova, maiores riscos irão advir para a pretensão punitiva do Estado, atingindo não somente o parquet, mas também, e por via reflexa, a própria Magistratura, pois, só serão ajuizadas as causas que a Polícia permite.”³²⁸

Inexistente a usurpação da atividade investigatória. **Nem há impedimento normativo** - seja na Constituição da República, seja na legislação infraconstitucional - **que impeça o oferecimento da Denúncia pelo próprio Promotor de Justiça que presidiu o procedimento administrativo investigatório que a instrui,**³²⁹ que dirá ético.³³⁰

A questão é que **se “importa” a Doutrina Estrangeira** - notadamente, a Italiana - **esquecendo-se de que o Ministério Público** - no país - **tem seus atos sujeitos a controle judicial, seja na propositura da ação penal** -art.43 do Código de Processo Penal - **seja quando requer o arquivamento do inquérito policial** - art. 28 do C.P.P.- **ou das peças de informação, e, exercido por membros de outro poder.**

Não se vislumbra, por conseguinte, nenhuma razão jurídica para que outro seja o membro do parquet a oferecer a Denúncia.

328 Citação do Eminentíssimo Procurador de Justiça Sérgio Demoro Hamilton no **Parecer do Recurso Especial (que não pode deixar de ser lido) da decisão do HC 615/96./RJ** referindo-se a obra **Direito e Justiça no Brasil** de Hélio Bicudo.

329 “Com efeito, a questão acerca da possibilidade de o Promotor de Justiça desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta eg. Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, inc. I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o órgão ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o Ministério Público entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal”. (STJ HC 18060 em 07.02.02 5ª Turma)

“Investigações. Ministério Público. Ilegalidade Inexistente. Não é ilegal o oferecimento de Denúncia, com base em investigações feita pelo Ministério Público diretamente procurado pelos interessados e com base extraída de outra ação penal, que notícia ilícito ora apurado. Pelo que, descabe a pretensão de trancar a ação penal instaurada.” (HC 00666/02 - 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça).

330 “A participação na busca de dados para o oferecimento da denúncia não enseja, per si, impedimento ou suspeição do agente do parquet” (STJ RHC 6128/MG).

III - DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

Exarada **decisão positiva** - determinando o prosseguimento do exercício do direito de ação - por estarem *presentes os requisitos formais* para o seu legítimo exercício, **não há que se afirmar não haver decisão fundamentada** - e, violadora do art. 93, inc. IX da Constituição da República - **quanto ao recebimento da denúncia.**³³¹

Pacificamente dispensada pelos Tribunais Superiores - que reconhecem inclusive a desnecessidade de fundamentação da decisão de recebimento da denúncia³³² - **não há que se afirmar não figurar o fundamento do recebimento da inicial** quando resta, ainda, consignado na citada decisão que estão *“presentes os seus requisitos”*.

Registre-se que a análise das condições da ação se faz - em razão da própria sistemática do texto do Código de Processo Penal - **com a admissão do prosseguimento do seu exercício. Ausentes os requisitos formais rejeita-se, in limine, a denúncia.**³³³

Recebida a denúncia - repita-se - **consideram-se presentes as condições da ação e os pressupostos processuais para o seu regular exercício**, estando ausentes as hipóteses de rejeição.

Significa dizer que não se precisa repetir na referida decisão que se está recebendo a denúncia porque o fato imputado é considerado, em tese, criminoso, ou, ainda, que se recebeu a denúncia porque instrui a inicial um Auto de Prisão em Flagrante.

Note-se que **se depreendem as razões de decidir da própria afirmação de que presentes os requisitos formais, se está determinando o prosseguimento da ação.**

Funda-se - é evidente - **o recebimento na constatação da correspondência entre o que consta descrito na inicial, e o disposto em Lei a exigir que se verifique a presença de indícios suficientes do fato e da autoria.**

Ousamos, portanto, discordar dos eminentes processualistas que não vislumbram constitucionalidade na citada decisão positivada.

In verbis os comentários :

331 “Estando o réu preso, a citação por mandado é prescindível bastando a requisição para o interrogatório” (STJ RHC 5185/PE 6ª Turma em 26.08.96) Em idêntico sentido: RT 575/470.

332 “O recebimento da denúncia, em regra, dispensa fundamentação” (STJ RHC 7059/SP 5ª Turma em 10.02.98). Em idêntico sentido: RT 662/279; RJDTACrim 14/102-3, 26/231, 28/253.

333 “Ao receber a Denúncia deve o juiz explicitar por que a recebe. É estreita a fronteira entre a aferição *prima facie*, da justa causa e o do pré-julgamento dos denunciados. Por isso, é prudente que não se estenda em fundamentações que ultrapassem os limites próprios estabelecidos pelo CPP art. 41 ou art. 43 do CPP.” (STJ HC 5041/SP 5ª Turma em 04.03.97)

“...o recebimento da denúncia ou queixa implica escolha judicial entre aceitação e a recusa da acusação, tendo, por essa razão, conteúdo decisório, a merecer adequada fundamentação. **É certo que o juiz deverá limitar-se a analisar a existência ou não de indícios suficientes do fato e sua autoria, sem incursionar pelo mérito, informado pelo princípio do *in dubio pro societate*, mas, não nos parece consentâneo com a nova ordem constitucional dispensar toda e qualquer motivação.**”³³⁴

“...À luz ainda do **garantismo penal**, não admitimos despacho de recebimento da denúncia sem fundamentação, pois, é garantia para todos os cidadãos que **todas as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade**. A praxe de se receber a peça exordial **sem manifestar fundamentadamente as razões pelas quais assim se procede não encontra amparo na Constituição**, pois, todas as decisões judiciais devem ser motivadas, sem exceção.”³³⁵

A questão é que **reconhecida a adequação da inicial, instruída por um Inquérito Policial** - muitas vezes gerado com a própria lavratura do Auto de Prisão em Flagrante - **ou qualquer outra peça de informação, tem-se como certo** - procedido a sua análise - **a presença de indícios da autoria e a prova da materialidade**. Do contrário, estaria obrigado o juízo, sim, a indeferir a inicial.

Em outras palavras, **se inexistente uma prova mínima - *justa causa* - a autorizar o seu recebimento, a citada decisão não teria correspondência na norma a permitir o regular processamento da ação**.

Nem há que se afirmar que sequer poderia o juízo limitar-se a dizer **que se encontra o seu fundamento no Inquérito Policial**, - sendo necessária a indicação dos meios de prova que ensejaram o reconhecimento dos seus requisitos formais -, **quando se sabe que a sua admissão implica no deferimento das provas indicadas** na inicial. Dispiscendo que se afirme que com a oitiva das testemunhas a autoria se revelará - em tese - desvendada.

Em síntese, **a fundamentação existe como decorrência da autorização do prosseguimento da ação. Apontar o citado recebimento como danoso à vida do réu, não o torna “injusto” quando se verifica que se trata, tão-somente, de um juízo de delibação**.

Não se nega o caráter decisório do recebimento da inicial, mas **exigir que se estenda a decisão em sua valoração à formação de um juízo de verossimilhança constitui-se, indubitavelmente, em um prejulgamento**.

334 Capez, Fernando, *in Curso de Processo Penal*, p. 137.

335 Rangel, Paulo, *in Direito Processual Penal*, p. 428.

Repita-se. **Em sendo a presente decisão decorrente única e exclusivamente de um juízo de deliberação** - em que exige a norma a constatação, tão-somente, da presença de requisitos formais para o prosseguimento do exercício da pretensão - **não há que se fazer uma apreciação prévia do mérito da causa**, indicando o juízo um a um dos testemunhos e das provas que o fizeram admitir, em tese, a pretensão.

IV - DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO AO RÉU PRESO REQUISITADO

Garantia individual a legitimar o procedimento judicial, **consubstancia-se a *evocatio*** - como era denominada a citação pelos romanos - **em ato** pelo qual “se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”³³⁶.

Essencial ao princípio do contraditório, **não se pode crer ferir a requisição do Acusado para o ato de interrogatório a sua natureza**, eis que presente, em juízo - lida a inicial - **lhe é cientificado, na íntegra, os termos da imputação**.³³⁷

Objetiva-se com a regular citação que tenha o Réu - seja na esfera cível, seja na esfera criminal - **a exata dimensão da pretensão que em face da sua pessoa é exercida. Daí se afirmar** não haver em nenhum texto legal vinculação do seu ***modus facendi*** aos meios de defesa.

Criaram-se, **sim**, mecanismos próprios para evitar **que, uma vez aperfeiçoada a relação jurídica processual**, não tivesse o Réu o exercício pleno da sua defesa. **É o que se depreende, s.m.j., da previsão da suspensão do processo quando citado por edital deixa o Réu de constituir patrono.**

Citar, isoladamente, as garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos³³⁸ - como sustentam renomados processualistas³³⁹ - **a indiciar o reconhecimento de uma posição de inferioridade processual do Réu preso requisitado**, constitui-se em um verdadeiro contra-senso diante de um sistema processual penal que **proíbe que o seu silêncio seja interpretado em seu prejuízo e que consagra, no momento da decisão,**

336 art. 213 Código Processo Civil.

337 Registre-se não ser da “praxe do juízo” leituras rápidas e sem esclarecimentos da Denúncia ao Réu.

338 art. 8º, nº 2, alíneas “b” e “c” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - asseguram “a comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada” e a “concessão de tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”

339 Grinover, Ada Pellegrini, **As nulidades no processo penal**. Ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed. 97, p.105

o princípio da presunção de inocência.

Inexistente o prejuízo, **encontra-se resguardada a sua defesa através da requisição. Entendendo em contrário seríamos obrigados a adotar em todas as hipóteses** - como se vê no art. 514 do C.P.P. - **a notificação prévia antes mesmo da citação** e entender por não recepcionado o texto do art. 360 do C.P.P., quando **sequer faz a Constituição da República menção a sua exigência.**

Repita-se. **Em sendo obrigatória a nota de culpa, a publicidade dos atos processuais, a comunicação do preso com a família, o direito ao silêncio e a possibilidade de ser a qualquer tempo re-interrogado, não se pode crer ter o Réu requisitado violado o seu direito à ampla defesa.**³⁴⁰

Não se pode olvidar que se o Réu não pode ser tratado como objeto do processo, **constitui-se a notificação prévia um verdadeiro óbice à imediata prestação jurisdicional.**

Formalismo desnecessário, **observa-se na sua obsoleta adoção uma razão de ser que não se faz presente na hipótese do preso provisório, qual seja, a de evitar a temeridade da pretensão.**

Note-se que **não estamos tratando de Réu que se vê surpreso ao chamado da justiça**, mas, sim, **daquele que se encontra no cárcere por força de circunstâncias que fazem presumir com mais veemência** - mormente quando preso em flagrante - **a sua concorrência para o fato delituoso.**

V - DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA O ATO DE INTERROGATÓRIO

Imprescindível a Defesa Técnica para o exercício concreto do princípio da Ampla Defesa, não se pode crer ferir a sua essência a não nomeação de um Defensor Público para o réu antes da realização do ato de interrogatório.

Reconhecido o interrogatório como um ato de autodefesa, não se pode olvidar constituir-se - daí a previsão ao *direito ao silêncio* - em um direito renunciável por este. De sorte que o cerceamento em sua autodefesa somente existiria se fosse obstada a sua possibilidade de vir a juízo - para influir sobre a formação do convencimento do juízo -, de ser

340 "O interrogatório, como ato do juiz, é, em princípio, imune à interferência das partes, não estando sujeito ao princípio do contraditório, razão pela qual a ausência do defensor ao ato não importa em nulidade do processo, mesmo porque facultado ao interrogando manter-se em silêncio. Precedentes" (STJ RESP 445094/RS em 04.02.03 6ª Turma). Em sentido idêntico: STJ RESP 450380/RS em 01.10.02 6ª Turma, HC 10161/RS, RHC 1.280-0/MG in Ementário 7/289. HC 71.280/1; Resp. 54.781/4; RTJACrim 29/410; TACrim-SP JUTACrim 24/201; RT 484/308.

re-interrogado a qualquer tempo, ou de se avistar com o seu defensor para a apresentação de sua tese defensiva.³⁴¹

Revela-se um contra-senso - repita-se - em um sistema processual penal que proíbe que o silêncio do réu seja interpretado em seu prejuízo, que consagra a presunção de inocência **quando do julgamento** e que não impede que **a qualquer tempo** venha a ser re-interrogado, entender o ato de interrogatório - **e, por via reflexa, a nomeação de um Defensor Público para a sua realização** - como condição imperativa ao exercício da Defesa.

Inexistindo preclusão para a realização do ato, não há como se afirmar que o réu não goza plenamente deste meio de defesa se não é orientado pela Defesa Técnica.

Assegurada a livre comunicação do Réu, em particular com seu Defensor - como dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁴² - **não há que se afirmar o reconhecimento de uma posição de inferioridade processual ao Réu** que não constituiu advogado para o ato.

Inexistente o prejuízo, **encontra-se resguardada a ampla defesa** através da possibilidade de reinquirição.

VI - DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE ABSOLUTA EM RAZÃO DA DESOBEDIÊNCIA AO DISPOSTO NO ART. 514 DO CPP

A norma contida no art. 514 do Código de Processo Penal, ao dispor ser necessária a notificação do Acusado para apresentar resposta, **foi estabelecida, tão-somente, como forma de preservação da Administração Pública**. Busca-se evidentemente afastar a instauração indevida de ações penais em face de seus funcionários prejudicando a regularidade de suas atividades.

É o que nos ensinam eminentes processualistas:

*“Dois elevados interesses conduziram a lei a um procedimento diferente: o do funcionário, como tal, e o da Administração Pública que pode sair arranhada pela falta do funcionário. A lei penal substantiva protege a Administração Pública no que respeita à probidade... a lei de processo completa essa proteção cercando o procedimento de determinadas cautelas...”*³⁴³

“Essa defesa visa impedir o recebimento da peça acusatória inaugural, no

341 Grinover, Ada Pellegrini, **As Nulidades no Processo Penal**, 6ª ed. Ed. RT, São Paulo, p.77.

342 art. 8º, nº 2, alíneas “bd” e “c” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - asseguram “a comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada” e a “concessão de tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa - direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente, e em particular com seu defensor”

343 Tornaghi, Hélio. **Curso de Processo Penal**, v. I, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, ano 95, p. 253.

*interesse da Administração Pública...*³⁴⁴

Não há, portanto, como se reconhecer, ultrapassada a fase instrutória, a ocorrência de nulidade - absoluta - a não aproveitar os atos anteriormente produzidos, quando se vislumbra que eventual reconhecimento gerará um prejuízo ainda maior ao Estado, a possibilitar a incidência da prescrição da pretensão punitiva.³⁴⁵

Em nenhum momento se objetivou com a citada norma uma forma de ampliar a defesa dos Acusados.

Repita-se: **a ratio legis era estabelecer uma fase prévia** em que a acusação seria revista e, assim, se convencido o magistrado da incongruência da imputação, diante da resposta do agente, pudesse rejeitar de plano a Denúncia, **com o fim de preservar a Administração Pública.**

As normas devem ser pensadas em seu sentido instrumental. Daí, não se poder afirmar ofender o interesse público a ausência da citada defesa preliminar, quando já em sua fase final a ação penal.

Estar-se-ia, sim, violando o Princípio da Efetividade das Decisões Judiciais e da Inafastabilidade do Poder Judiciário, se presumíssemos a existência de uma suposta lesão ao interesse público, quando ao fim não se vê a Administração Pública verdadeiramente beneficiada.

Entendendo irrelevante a natureza da nulidade, ensina-nos Paulo Lúcio Nogueira :

“...É de se salientar que, no caso, se a nulidade não foi alegada no tempo oportuno, seja ela relativa ou mesmo absoluta, realmente não tem sentido anular o processo apenas para dar oportunidade à defesa preliminar, quando não houver prejuízo para o acusado, pois a rejeição da denúncia é medida excepcional...”³⁴⁶

A inobservância constitui-se em uma nulidade relativa.³⁴⁷ Em outras pa-

344 Capez, Fernando. **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, ano 97, p. 503.

345 “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que, tendo a denúncia imputado ao paciente crimes funcionais e não funcionais, não se aplica o art. 514 do Código de Processo Penal, que trata da defesa preliminar. O fundamental, contudo, é que a resposta prévia do réu não constitui privilégio outorgado ao funcionário público, mas, ao contrário, um sucedâneo da restrição que lhe impõe a lei em obséquio do Poder Público, permitindo ao parquet o oferecimento até de denúncia nua, incompatível, por certo, com a nova ordem constitucional (art. 513 do CPP).” (HC 20887/SP em 10.03.03 6ª Turma). Em sentido idêntico: STF 73.099 /SP HC 70536/RJ.

346 Nogueira, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 10. ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 1996.

347 “A defesa preliminar é despicienda quando a exordial acusatória está supedaneada em inquérito policial. Além do mais, a eventual omissão só ganha relevância jurídica se evidenciar

lavras, não argüido em tempo oportuno e não demonstrado o prejuízo efetivamente causado, não há razão para o reconhecimento da irregularidade.³⁴⁸

VII - DA DESNECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE CURADOR AO MAIOR DE 18 ANOS E O MENOR DE 21 ANOS À LUZ DO ART. 5º DA LEI 10.406/02

Alterada a idade - com o advento da Lei 10.406/02 - para o reconhecimento da capacidade civil plena - hoje - aos 18 anos,³⁴⁹ não mais se justifica a nomeação de curador ao réu para a sua inquirição na fase pré-processual ou processual - art. 15, art. 194 e art. 449 do Código de Processo Penal - de um representante para o exercício ou renúncia ao direito de queixa - art. 33, art. 34, art. 50, 52 e 54 do Código de Processo Penal - conceder ou aceitar o perdão, eis que coincidente a idade adotada à da responsabilidade penal.

Referindo-se os citados dispositivos, tão-somente, a um conceito de menoridade relativa, não especificando as idades que ensejariam a incidência da norma - como se vislumbra no texto do art. 65, inc. I do Código Penal em que há referência expressa de que a circunstância existe quando o agente é menor de 21 anos e maior de 18 anos -, não há dúvida de que o conceito de maioridade se vê definido pela Lei Civil.

Aceita a existência de uma maturação biopsíquica, não mais se justifica essa *ratio essendi*.

Diferente, revela-se, contudo, as hipóteses em que a Lei faz uma expressa referência às idades que entende serem motivadoras de um tratamento diferenciado. Daí, não concebermos ter havido alteração na aplicação do art. 65, inc. I do Código Penal - que prevê a existência de uma atenuante ao menor de 21 anos - e no art. 115, do mesmo texto legal - que

prejuízo para o réu" (STJ RESP 271937/SP em 23.04.02)

348 "Para a declaração da nulidade por falta de observância do procedimento previsto no Código de Processo Penal, art. 514, por ser relativa, impõe-se a demonstração do efetivo prejuízo, bem como que seja reclamada no momento oportuno, sob pena de preclusão" (STJ HC 19072/SP em 07.02.02 5ª Turma).

Em sentido idêntico: STJ HC 15723/RS; HC 17563/MG; RHC 8770/SP, RHC 8191/SP; HC 15336/MS, RHC 9067/PR, RHC 87770/SP, RHC 8191/SP; STF RTJ 60/489; RT 586/432; 601/409; TJSP RT 568/285; TACrim São Paulo RT 559/360; RT 211/373; 238/343; 266/486; 363/191; 447/435; 456/459; 599/360-I; 566/272; 568/285; 569/392; 571/327; 610/457; 611/392; 625/379; 628/408 RTJ 110/111

349 art. 5º. A menoridade cessa aos 18 anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

se refere ao prazo reduzido da metade quando é menor de 21.

Note-se que a razão de ser de tais dispositivos não está relacionada à capacidade civil do agente, do contrário não teria se preocupado o Legislador em alterar a redação dos artigos - Lei 7.209/84 - para evitar dúvidas exegéticas que se faziam presentes no texto anterior, nem teria feito referência expressa nos mesmos dispositivos ao maior capaz de 70 anos na data da sentença. Ressalvamos, do mesmo modo, as hipóteses em que fosse o agente emancipado.

Pretendeu o Legislador referir-se, sim, a quem estava iniciando ou terminando uma vida, optando por diminuir a sanção de quem entende não ter maturidade psíquica e física ou daquele que se encontra em processo biopsíquico degenerativo. Entendimento que se vê assemelhado nas hipóteses previstas na Parte Especial - art. 217 do Código Penal - e em Leis Extravagantes - como na previsão de causa de aumento do art. 18, inc. III da Lei 6.368/76 - uma vez fazer a norma referência, também, expressa a idade a que entende ser necessário uma diferenciação.

Não há como descaracterizar o reconhecimento das citadas normas - repita-se - por não haver menção expressa à incapacidade civil do agente, quando se sabe que optaram apenas por se referirem a uma idade em que a imaturidade psíquica merece proteção.

Resta a indagação se o Legislador, também irá alterar a opção feita no Código Penal, entendendo que tais situações não mais se adequam à realidade em que se vive.

Preocupação que não se verifica no Código de Processo Penal, cujas referências restringem-se ao conceito adotado no âmbito civil. Entendido hoje como de pleno discernimento para prática de atos civis, que dirá quando já se via reconhecido como penalmente responsável.

Incontestada a sua capacidade absoluta no âmbito civil, **não há mais fundamento** - nem mesmo a possibilidade da incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente ao maior de 21 anos, haja vista que pressupõe para a sua incidência a prática do ato infracional quando era o agente inimpunível - **para a manutenção de regras que visariam resguardá-lo. ◆**