

RENATO BRASILEIRO DE LIMA

Ex-Defensor Público da União. Ex-Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora.
Ex-Professor de Processo Penal da Rede LFG. Promotor da Justiça Militar da União em São Paulo.
Professor de Processo Penal e Legislação Criminal Especial
do Complexo de Ensino Renato Saraiva (Portal Carreira Jurídica).

MANUAL DE PROCESSO PENAL

- Novo Código de Processo Civil - 2015;
- Lei nº 13.104/15: feminicídio como qualificadora do homicídio;
- Audiência de Custódia: PLS 554/2011;
- Lei nº 13.060/14: instrumentos de menor potencial ofensivo;
- Lei nº 13.047/14: reorganização da Polícia Federal;
- Lei nº 13.008/14: nova redação dos crimes de descaminho e contrabando;
- Lei nº 12.984/14: tipifica a conduta de discriminação contra o portador do vírus HIV;
- Lei nº 12.978/14: transforma em hediondo o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B do CP);
- Lei nº 12.971/14: altera dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro”.

3ª edição

Revista, ampliada e atualizada

2015

 EDITORA
JusPODIVM

sidade de remeter as partes ao civil para a solução da questão prejudicial. É o que ocorre na hipótese de questões prejudiciais homogêneas e heterogêneas não relativas ao estado civil das pessoas que não sejam de difícil solução. Nesse caso, é plenamente possível o enfrentamento da prejudicial pelo próprio juízo penal.

Por outro lado, em se tratando de questão prejudicial heterogênea pertinente ao estado civil das pessoas, ou heterogêneas não relativas ao estado civil das pessoas de difícil solução, não se aplica o princípio da suficiência da ação penal, visto que, nesse caso, o juízo penal se vê obrigado a reconhecer a prejudicialidade, remetendo a solução da controvérsia ao juízo civil, nos termos dos arts. 92 e 93 do CPP.

3. EXCEÇÕES

3.1. Conceito

Proveniente do latim *exceptio*, o termo exceção adquiriu conceitos diversos ao longo da evolução da ciência processual.

Em sentido material, exceção guarda relação com a própria pretensão deduzida em juízo, funcionando como um direito que o demandado tem de se opor à pretensão de modo a neutralizar sua eficácia. É o que ocorre, a título de exemplo, com a prescrição, cujo reconhecimento acarreta a impossibilidade de prosseguimento da persecução penal, porquanto fulminado o direito de punir do Estado.

Na acepção processual, *exceção* é o meio pelo qual o demandado se defende em juízo, representando, em última análise, o exercício concreto do direito de defesa. Nesse sentido, o termo *exceção* se confunde com a própria defesa. Em sentido processual mais restrito ainda, *exceção* seria uma espécie de matéria que não pode ser examinada de ofício pelo magistrado.²⁰

Como se percebe, ao exercer o direito de defesa no processo penal, acusado e defensor não estão restritos a uma defesa de mérito. Com efeito, da mesma forma que o acusado pode se defender da imputação constante da peça acusatória por meio de uma **defesa direta**, quando, por exemplo, nega ser o autor do fato delituoso, alega uma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade, também pode se defender através de uma **defesa indireta**, relativa à ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação, cujo reconhecimento pode acarretar a procrastinação (v.g., incompetência do juízo) ou até mesmo a extinção do processo penal (v.g., coisa julgada).

Ao tratar das exceções, o art. 95 do CPP elenca as seguintes espécies: **I** – suspeição (aí incluídas as exceções de impedimento e de incompatibilidade); **II** – incompetência de juízo; **III** – litispendência; **IV** – ilegitimidade de parte; **V** – coisa julgada. Como se percebe, o dispositivo legal em questão cuida apenas das exceções processuais. De se notar, portanto, que a preocupação precípua do CPP em tal dispositivo diz respeito apenas às exceções processuais, compreendidas como procedimentos incidentais de competência do juízo penal em que são alegados determinados fatos processuais referentes à ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação, objetivando o afastamento do juiz (v.g., suspeição) ou do juízo (incompetência), ou até mesmo a extinção do processo (p. ex., litispendência).

20 Como observa Denilson Feitoza, dada a íntima correspondência entre ação e exceção, a definição que se dá à primeira, determina a segunda: **a)** se ação é o direito ao provimento jurisdicional, exceção é o direito a que no julgamento também se levem em conta as razões do réu; **b)** se ação é o direito à sentença de mérito, exceção é o direito à sentença sobre fato extintivo ou impeditivo do direito do autor; **c)** se ação é o direito à sentença favorável, exceção é o direito de obter a rejeição da ação. (op. cit. p. 661).

3.2. Exceções ou objeções

O Código de Processo Penal faz uso do termo “exceções” no Capítulo II do Título VI e diz que poderão ser opostas as *exceções* de suspeição, de incompetência, de litispendência, de ilegitimidade de parte e de coisa julgada (art. 95). Todavia, tais matérias não podem ser tecnicamente classificadas como *exceções*.

Isso porque, em sentido estrito, *exceção* é a alegação de defesa que, para que possa ser conhecida pelo magistrado, precisa ser arguida pelo interessado. Não alegada no momento oportuno pela parte, ocorre a preclusão. No processo civil, costuma-se citar como exemplo de exceção a incompetência relativa, que não pode ser examinada de ofício pelo magistrado. Objeção, por sua vez, é a matéria de defesa que pode ser conhecida *ex officio* pelo magistrado. No processo civil, costuma-se citar como exemplo de objeção a incompetência absoluta, que, diversamente da relativa, pode ser reconhecida de ofício pelo magistrado.

Firmada essa distinção entre exceções e objeções, é de se concluir que o art. 95 do CPP faz uso indevido do termo *exceções*, já que todas as matérias ali citadas podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz. Nesse sentido, basta ver o teor dos arts. 97, 109 e 110 do CPP. No âmbito processual penal, firmada a importância do princípio da busca da verdade e tendo em conta a própria natureza indisponível do bem jurídico em disputa – liberdade de locomoção –, até mesmo a incompetência relativa pode ser reconhecida *ex officio* pelo magistrado.²¹

3.3. Classificação das exceções

3.3.1. Quanto à natureza

É possível a classificação das exceções no seguinte sentido:

1) exceção processual: trata-se de alegação de fato processual contra o processo ou contra a admissibilidade da ação. De acordo com o art. 95 do CPP, poderão ser opostas as exceções processuais de: **I** – suspeição (aí incluídas as exceções de impedimento e de incompatibilidade); **II** – incompetência de juízo; **III** – litispendência; **IV** – ilegitimidade de parte; **V** – coisa julgada.

2) exceção substancial ou material:

2.1) direta (ou defesa direta de mérito): trata-se de ataque à própria pretensão do autor, especificamente no tocante à imputação delituosa constante da peça acusatória. É o que ocorre, por exemplo, quando o acusado nega a autoria ou participação no fato delituoso, quando sustenta que sua conduta é atípica, etc;

2.2) indireta (defesa indireta de mérito ou preliminar de mérito): trata-se de oposição de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor. O melhor exemplo de defesa indireta no processo penal é a prescrição, cujo reconhecimento impossibilita a continuidade da persecução penal.

3.3.2. Quanto aos efeitos

Em relação aos efeitos, as exceções podem ser subdivididas em:

a) Dilatórias: são aquelas que visam retardar o andamento do processo. É o que ocorre com as exceções de incompetência e de suspeição, cujo reconhecimento não acarreta a extin-

21 O reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa será trabalhado detalhadamente mais abaixo, ao tratarmos da exceção de incompetência.

ção do feito. Na verdade, a procedência de tais exceções simplesmente acarreta a remessa dos autos a outro juízo, no caso da incompetência, ou a outro juiz, na hipótese do reconhecimento da suspeição.

b) Peremptórias: visam à extinção do processo (v.g., litispendência e coisa julgada).

Há certa controvérsia acerca da natureza da exceção de ilegitimidade. Parte da doutrina entende que se trata de exceção dilatória. Outros sustentam que funciona como exceção peremptória. A nosso ver, a conclusão acerca de sua natureza passa pela análise da espécie de ilegitimidade. Isso porque, reconhecida a ilegitimidade *ad causam* (v.g., Ministério Público oferecendo denúncia em relação a crime de ação penal privada), deverá ocorrer a extinção do feito, uma vez que o verdadeiro legitimado não está obrigado a assumir o polo ativo e dar prosseguimento à demanda.

Por sua vez, na hipótese de ilegitimidade *ad processum* – por exemplo, menor de 18 anos oferecendo queixa-crime por meio de advogado por ele constituído –, trata-se de exceção dilatória, já que esse vício não acarreta a extinção do processo. De fato, no exemplo dado, ainda que reconhecida a ilegitimidade para o processo, esse vício pode ser sanado mediante a ratificação dos atos processuais pelo representante legal do menor.

3.3.3. Quanto à forma de processamento

Quanto à forma, as exceções podem ser classificadas em:

a) exceção interna: é aquela que pode ser formulada no bojo dos autos em que o acusado está sendo demandado;

b) exceção instrumental: ocorre quando o legislador impõe determinada forma para o exercício da exceção, implicando em processamento autônomo, com autuação própria. Assim, para que uma exceção instrumental possa ser apreciada, há necessidade de formação de um instrumento autônomo e apensado aos autos principais. Essa autuação separada da exceção visa isolar a discussão relativa à matéria questionada, evitando possível tumulto processual.

De acordo com o art. 111 do CPP, as exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal. Como se percebe, a arguição da suspeição, incompetência, litispendência, ilegitimidade e coisa julgada é tratada pelo CPP como espécie de exceção instrumental.

Não obstante, é certo que todas as matérias de defesa elencadas no art. 111 do CPP podem ser apreciadas pelo juiz ainda que não arguidas por meio de petição autônoma. Com efeito, como todas as exceções listadas no art. 95 do CPP podem ser conhecidas até mesmo de ofício pelo juiz, funcionando como verdadeiras objeções, não se exige forma especial para seu reconhecimento. Assim, ainda que eventual exceção seja oposta pela parte no bojo de outra peça (v.g., resposta à acusação), e não em apartado, isso não impede a apreciação da matéria pelo magistrado.²²

3.4. Natureza Jurídica

Da mesma forma que se fala do direito de ação como o direito de provocar a atividade jurisdicional, relacionando-o com a parte acusadora no processo penal, fala-se da exceção como direito do acusado de resistir à imputação que lhe foi formulada. Ambos são assegurados pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV e LIV e LV. Assim, da mesma forma que se compreende o direito de ação como um direito abstrato – desvinculado da existência ou não do direito material alegado –, a exceção também se apresenta como um direito abstrato, no sentido de que todo e qualquer acusado tem direito de defesa, ainda que sua tese se revele, afinal, insubsistente.

22 Em sentido semelhante, afirmando que a exceção deve ser autuada em apenso apenas quando houver dificuldade para reconhecimento de plano (v.g., produção maior de provas): LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit. p. 15.

Portanto, pode-se dizer que a exceção funciona como verdadeiro direito público subjetivo, corolário do princípio constitucional da ampla defesa, a qual, é bom lembrar, não se esgota com a simples apresentação da resposta à acusação (CPP, art. 396-A), mas abrange a possibilidade conferida ao acusado de reagir à pretensão acusatória para que não seja responsabilizado criminalmente.

De todo modo, é oportuno destacar que, no âmbito processual penal, as matérias constantes do art. 95 do CPP podem ser reconhecidas de ofício pelo magistrado (objeções processuais), ou mesmo arguidas pela acusação (Ministério Público ou querelante).

3.5. Exceção de suspeição, de impedimento ou de incompatibilidade

As causas de suspeição, impedimento e incompatibilidade serão estudadas no título referente aos sujeitos do processo. De modo a evitarmos repetições desnecessárias, remetemos o leitor ao referido tópico. Por ora, interessa-nos apenas o estudo do procedimento dessa exceção.

3.5.1. Procedimento da exceção de suspeição (impedimento e incompatibilidade)

O procedimento da exceção de suspeição vem delimitado pelo CPP entre os arts. 96 e 103 do CPP, valendo lembrar que o impedimento e a incompatibilidade devem ser arguidos pelas partes com observância do mesmo procedimento referente à suspeição (CPP, art. 112, *in fine*). Como o procedimento é semelhante, faremos menção apenas à suspeição. Porém, deve o leitor se lembrar que o mesmo procedimento será aplicável às hipóteses de impedimento e de incompatibilidade.

A arguição da suspeição do órgão do Ministério Público está prevista nos arts. 104 e 258 do CPP. Por sua vez, os arts. 105, 279, 280 e 281 do CPP versam sobre a arguição da suspeição dos peritos, intérpretes e serventuários ou funcionários de justiça. De seu turno, os arts. 106, 448 e 449 do CPP dispõem sobre a suspeição dos jurados.

3.5.1.1. Reconhecimento de ofício da suspeição

Deve o próprio magistrado reconhecer de ofício sua suspeição (impedimento ou incompatibilidade). A propósito, o art. 97 do CPP estabelece que o juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes. Essa apreciação da imparcialidade pelo próprio magistrado deve anteceder a análise de todas as demais questões processuais e de mérito. Afinal, verificada a presença de causa de suspeição, deve o magistrado se abster de analisar qualquer outra questão, determinando a imediata remessa dos autos ao substituto legal.

Aliás, a depender do caso concreto, a negativa de o juiz reconhecer de ofício sua suspeição (impedimento) pode acarretar inclusive responsabilização criminal. Em caso concreto no qual determinado magistrado deixou de se declarar impedido em ação penal cuja autora era sua escrevente de sala há cerca de catorze anos, havendo referência nos autos, inclusive, de possível envolvimento pessoal entre eles, considerou o STJ haver justa causa para a instauração de processo penal em virtude de suposta prática do crime de prevaricação (CP, art. 319).²³

A definição do substituto legal ficará a cargo das leis locais de organização judiciária. Na hipótese de silêncio por parte desta, o Tribunal deve disciplinar a matéria por meio de provimento. A título de exemplo, no Estado de São Paulo, o provimento nº 36/92 da Presidência do Tribunal de Justiça, dispõe sobre duas situações distintas:

23 STJ, 5ª Turma, HC 140.616/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 06/09/2012, DJe 17/09/2012.