



**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) MINISTRO(A) RELATOR DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Inquérito 4921

OCIONE ARANTES LOPES, já qualificada nos autos do processo epigrafado, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por intermédio do seu advogado e procurador, apresentar

RESPOSTA À ACUSAÇÃO

através das razões a seguir expostas, cuja juntada ora requer.

I. DAS QUESTÕES PRÉVIAS

a. DA TEMPESTIVIDADE

1. Havendo 10 dias para prática do ato processual, tempestivo, pois, o presente eis que nos termos do art. 396 do CPP “*[n]os procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, 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.*”

b. DAS CONDIÇÕES PESSOAIS

2. Antes de avançarmos, é necessário destacar que a Parte Acusada é pessoa idônea, com residência fixa, atividade laboral lícita, primário e ostenta bons antecedentes.

3. Em síntese, o histórico social e criminal, anterior a atual ação que responde, figura como indicador de sua inocência, visto que sempre foi respeitável e cumpridor da legislação.

4. Neste contexto, é pertinente ressaltar que as condições favoráveis são relevantes na persecução penal, especialmente no que se refere a requerimentos de liberdade, sendo este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme segue:



A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis. (...) Assim, as particularidades do caso demonstram a suficiência, adequação e proporcionalidade da imposição das medidas menos severas previstas no art. 319, em atenção ao preceito de progressividade das cautelas disposto no art. 282, §§ 4º e 6º, todos do Código de Processo Penal. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares diversas a serem fixadas pelo Juiz singular. (HC 662.754/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 25/08/2021) – grifo nosso.

5. Diante do exposto, verifica-se que as particularidades do caso, em especial as condições pessoais favoráveis, devem ser cuidadosamente analisadas e valoradas em seu benefício, tendo em vista que constituem elementos abonadores de sua conduta e comportamento social.

II. DA SÍNTESE DA DEMANDA

6. Trata-se de Ação Penal em que se busca condenação pela suposta prática do crime do art. 286, parágrafo único, art. 188, na forma do art. 69, *caput*, todos do Código Penal.

7. Narra a inicial acusatória que a parte Acusada, após o resultado das eleições de 2022, se associou a outras pessoas em frente ao Quartel General do Exército, com objetivo de praticar crimes contra o Estado Democrático de Direito e incitar as Forças Armadas contra os Poderes Constitucionais, cuja convocação ocorreu pelas redes sociais. Sustenta dolo em impedir de forma contínua o exercício dos poderes constitucionais e ocasionar a deposição do governo legitimamente constituído.

8. A ação tem por objeto imediato a decisão do Ministro Relator do Inquérito 4879 DF que, em 08.01.2023, determinou prisão em flagrante do paciente por supostas participações em prática de atos antidemocráticos. Eis o teor do dispositivo:



Diante do exposto, DEFIRO OS REQUERIMENTOS E REPRESENTAÇÕES, nos termos do art. 282 e 319 do CPP, e:

1) DETERMINO A IMPOSIÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO, CONSISTENTE NA SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA (art. 319, VI, do Código de Processo Penal) AFASTANDO IBANEIS ROCHA DO CARGO DE GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL pelo prazo inicial de 90 (noventa) dias;

DETERMINO, ainda:

2) A DESOCUPAÇÃO E DISSOLUÇÃO TOTAL, em 24 (vinte e quatro) horas, dos acampamentos realizados nas imediações dos Quartéis Gerais e outras unidades militares para a prática de atos antidemocráticos e prisão em flagrante de seus participantes pela prática dos crimes previstos nos artigos 2^a, 3^o, 5^o e 6^o (atos terroristas, inclusive preparatórios) da Lei n^o 13.260, de 16 de março de 2016 e nos artigos 288 (associação criminosa), 359-L (abolição violenta do Estado Democrático de Direito) e 359-M (golpe de Estado), 147 (ameaça), 147-A, § 1^o, III (perseguição), 286 (incitação ao crime). A operação deverá ser realizada pelas Polícias Militares dos Estados e DF, com apoio da Força Nacional e Polícia Federal se necessário, devendo o Governador do Estado e DF ser intimado para efetivar a decisão, sob pena de responsabilidade pessoal. As autoridades municipais deverão prestar todo o apoio necessário para a retirada dos materiais existentes no local. O Comandante militar do QG deverá, igualmente, prestar todo o auxílio necessário para o efetivo cumprimento da medida. Ambos deverão ser intimados para efetivar a decisão, sob pena de responsabilidade pessoal. O Ministro da Defesa deverá ser intimado para, sob sua responsabilidade, determinar todo o apoio necessário às Forças de Segurança. No caso do Distrito Federal, após a desocupação, efetiva manutenção, por parte da Polícia Militar, da guarda de segurança do perímetro da Praça dos Três Poderes, em particular, e das residências oficiais dos agentes políticos da União para evitar a ocorrência de novos delitos;

3) A DESOCUPAÇÃO, em 24 (vinte e quatro) horas, de todas as vias públicas e prédios públicos estaduais e federais em todo o território nacional. Nos Estados e DF, as operações deverão ser realizadas pelas Polícias Militares, com apoio da Força Nacional, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Federal se necessário, devendo o Governador do Estado e DF ser intimado para efetivar a decisão, sob pena de responsabilidade pessoal;

4) A APREENSÃO E BLOQUEIO de todos os ônibus identificados pela Polícia Federal, que trouxeram os terroristas para o Distrito



Federal. Os proprietários deverão ser identificados e ouvidos em 48 (quarenta e oito) horas, apresentando a relação e identificação de todos os passageiros, dos contratantes do transporte, inclusive apresentando contratos escritos caso existam, meios de pagamento e quaisquer outras informações pertinentes. Entre os ônibus a serem apreendidos deverão estar aqueles que se encontram estacionados na Granja do Torto e imediações, como os já identificados pelas placas abaixo listadas:

(...)

5) A PROIBIÇÃO IMEDIATA, até o dia 31 de janeiro, de ingresso de quaisquer ônibus e caminhões com manifestantes no Distrito Federal. A PRF e a Polícia Federal deverão providenciar o bloqueio, a imediata apreensão do ônibus e a oitiva de todos os passageiros, com base no artigo 5º da Lei antiterrorismo, que pune os atos preparatórios;

6) À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTI) para que mantenha e envie aos autos o registro de todos os veículos, inclusive telemáticos, de veículos que ingressaram no Distrito Federal entre os dias 5 e 8 de janeiro de 2023;

7) À POLÍCIA FEDERAL que obtenha (a) todas as imagens das câmeras do Distrito Federal que possam auxiliar no reconhecimento facial dos terroristas que praticaram os atos do dia 8 de janeiro, (b) junto a todos os hotéis e hospedarias do Distrito Federal, a lista e identificação de hóspedes que chegaram ao Distrito Federal a partir da última quinta feira, bem como a filmagem do saguão (lobby) para a devida identificação de eventuais participantes dos atos terroristas;

8) AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, sob a coordenação do assessor da Presidência, Eduardo de Oliveira Tagliaferro, que utilize a consulta e acesso aos dados de identificação civil mantidos naquela CORTE, bem como de outros dados biográficos necessários à identificação e localização de pessoas envolvidas nos atos terroristas do dia 8 de janeiro. Os dados deverão manter o necessário sigilo.

9) A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO às empresas Facebook, Tik Tok e Twitter, para que, no prazo de 2 (duas) horas, procedam ao bloqueio dos canais/perfis/contas abaixo discriminados, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com o fornecimento de seus dados cadastrais a esta SUPREMA CORTE e a integral preservação de seu conteúdo:

(...)

Atribua-se a esta decisão força de ofício/mandado.



Em face da excepcionalidade da situação, a presente decisão deverá ser publicizada.

Ciência à Procuradoria-Geral da República.

Cumpra-se.

Brasília, 8 de janeiro de 2023.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

9. Efetuada a prisão em flagrante, em 10.01.2023, o Eminentíssimo Ministro Relator delegou a competência para realização de audiência de custódia aos juízes de primeiro grau com jurisdição no Distrito Federal. Eis o teor do dispositivo:

Diante do exposto, DELEGO PARCIALMENTE A COMPETÊNCIA para a realização das audiências de custódia dos presos em razão da decisão proferida nestes autos em 8/1/2023 aos Juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tão somente no que diz respeito à regularidade formal do ato de prisão e perguntas legais e normativas, FICANDO RESERVADA A ESTA SUPREMA CORTE a apreciação de quaisquer pedidos das partes, inclusive no que diz respeito ao previsto no art. 310, I, II e III, do Código de Processo Penal.

DEVERÃO OS TRIBUNAIS DELEGATÁRIOS:

(a) Oficiar à Procuradoria da República no Distrito Federal (PR/DF) e ao Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios para que indiquem os membros do Parquet que comparecerão às audiências;

(b) Oficiar à Defensoria Pública da União e à Defensoria Pública do Distrito Federal para que indiquem Defensores Públicos que possam comparecer às audiências designadas na eventualidade os presos não tiverem advogados constituídos ou se o(s) defensor(es) constituído(s) faltar(em) ao ato; e

(c) consignar, em ata escrita, o sumário da audiência, ainda que realizada por meio de videoconferência, constando, ainda, os pedidos formulados pelas partes, a serem apreciados por esta SUPREMA CORTE.

As audiências de custódia poderão ser realizadas por videoconferência e nessa modalidade ser gravadas.

Após a realização da audiência de custódia, deverão ser remetidas a ata e eventual mídia a este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, através do sistema de malote digital.



Deverá a Secretaria autuar esta decisão e cópia daquela proferida no dia 8/1/2023 em Pet autônoma e sigilosa, distribuída por prevenção a este Inq. 4.879/DF. Nesta Pet deverão ser juntados os termos de audiência de custódia recebidos pelo malote digital.

Comunique-se esta decisão aos Presidentes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Atribua-se a esta decisão força de Carta de ordem.

À Secretaria para as providências.

Ciência à Procuradoria-Geral da República.

Em face da excepcionalidade da situação, a presente decisão deverá ser publicizada.

Cumpra-se.

Brasília, 10 de janeiro de 2023.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES Relator

10. Após a conversão da prisão em flagrante em preventiva, o *Parquet* denunciou a parte Acusada e, em literalidade, descreveu na peça acusatória que “*não se tenha notícia até o presente momento de que o denunciado estivesse entre eles*” mas que “*o denunciado continuou acampado em frente ao Quartel General do Exército, mantendo-se associada ao grupo e mobilizada na incitação das Forças Armadas.*”

11. Anote-se que na cota do Ministério Público se reservou ao não arquivamento explícito ou implícito de outros fatos. Aduziu que a parte Acusada concorreu ou foi cúmplice para a prática delituosa. Relembra a inexistência do crime de terrorismo. Desta que “*O somatório das penas máximas resulta em reprimenda INFERIOR ao exigido pelo artigo 313, I, do Código de Processo Penal²⁴, não cumprindo com o pressuposto objetivo para a decretação da medida cautelar corporal máxima.*” Por fim, aduz que a promotória não pode transigir em acordo de não persecução penal.

Eis a síntese da demanda.

III. DO MÉRITO

a. DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

12. Antes de avançar, é sempre muito importante ressaltar que o princípio da verdade real veda, de forma veemente, SIG, Quadra 01, Lote 495, Edifício Barão do Rio Branco, Sala 252 | CEP 70.610-410 Brasília – DF.

Telefones +55 (61) 3963-1803 – 99222-1803

www.kesmadvogados.com.br



condenações com base em meras suposições e fatos fictícios. A inocência do réu é presumida até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

13. Vale lembrar que em favor do acusado milita a presunção constitucional de inocência e o princípio do *in dubio pro reo*, pelos quais somente pode ser responsabilizado diante de prova plena e indubitável de sua culpabilidade, e, em havendo dúvidas quanto a esta, deve lhe ser imposta a absolvição.

14. Consequentemente, a dúvida deve sempre favorecer ao acusado, sob pena de ressurgir em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de responsabilização penal objetiva.

15. No sistema que se propõe acusatório, a prova cabal da autoria e materialidade delitiva incumbe ao acusador que, caso não tenha se desincumbido de seu ônus processual a absolvição é um imperativo.

16. Neste cenário, a acusação tem de apontar sérios indícios para que a ação penal seja deflagrada, e tal exigência encontra fundamento de validade na Constituição da República, em especial nos princípios que tutelam a dignidade da pessoa humana.

17. Como a instauração do processo já atenta contra o *status dignitatis* do acusado, não se pode permitir que a ação seja uma aventura irresponsável, lançando-se no polo passivo, sem nenhum critério, qualquer pessoa, como ensina Aury Lopes Júnior:

(...) Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio *in dubio pro reo* corrobora a atribuição de carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada). (...). (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 564).

18. E assim sendo, a falta de elementos de convicção que demonstrem ligação do acusado com o fato delituoso podem gerar, no julgador, dúvida acerca do nexa causal.



19. Sobre o tema:

HABEAS CORPUS Nº 641991 - RS (2021/0025408-8) DECISÃO(...)Ante da fragilidade da prova produzida e suscitada a dúvida sobre a autoria delitiva do primeiro e segundo fatos imputados aos réus, o princípio in dubio pro reo deve preponderar, impondo-se o juízo absolutório, forte no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.(...)A falta de elementos de convicção que demonstrem ligação do acusado com o fato delituoso podem gerar, no julgador, dúvida acerca do nexos causal. Assim, deve ser invocado o princípio do in dubio pro reo, devendo o fato ser resolvido em favor do imputado, uma vez que a culpa penal deve restar plenamente comprovada, em razão da presunção de inocência. Isso porque, a garantia da liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado, princípio este que está implícito no inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal. (STJ - HC: 641991 RS 2021/0025408-8, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 03/08/2021)

20. Não é demais relembrar que tal princípio encontra-se implícito no inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VII - não existir prova suficiente para a condenação.

21. Além do mais, o Ministro Celso de Melo na Questão de Ordem no voto como Revisor na Ação Penal 985/MT lembrou que somente a prova produzida pelo órgão acusador, **em juízo**, que pode ser fundamento para condenação, confira o trecho:

Não podemos desconhecer, no ponto, que o processo penal, por representar uma estrutura formal de cooperação, rege-se pelo princípio da contraposição dialética, que, além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova alguma, também não legitima nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos da acusação penal. A condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes,



no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se “beyond all reasonable doubt” (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório.”(Questão de Ordem no voto como Revisor na AP 985/MT, Segunda Turma STF)

22.

No mesmo sentido, Nucci:

Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, conseqüentemente, do *in dubio pro reo*. Com isso, alegada alguma excludente, como a legítima defesa, por exemplo, feita prova razoável pela defesa e existindo dúvida, deve o réu ser absolvido e não condenado. Assim, embora a acusação tenha comprovado o fato principal - materialidade e autoria -, a dúvida gerada pelas provas produzidas pelo acusado, a respeito da existência da justificativa, deve beneficiar a defesa (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 344-345).

23.

A República não é composta por presunção, corroborada pelo passado, da prática de crimes. Vigora (ainda) a presunção de inocência dentro do Estado Democrático de Direito.

24.

Assim, deve ser invocado o princípio do *in dubio pro reo*, devendo o fato ser resolvido em favor do imputado, uma vez que a culpa penal deve restar plenamente comprovada, em razão da presunção de inocência consoante inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal.

III. II. DAS PRELIMINARES

a. DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL



25. Como se sabe, a peça acusatória é considerada manifestamente inepta quando não for capaz de atender aos requisitos previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

26. Isso significa que a denúncia deve conter o máximo de elementos, de forma a embasar o seu recebimento pelo magistrado, ou seja, exige-se a descrição individualizada da conduta de cada agente e a especificação de todos os elementos do crime.

27. Portanto, é considerada inépcia, em sentido estrito, quando falta condição da ação (possibilidade jurídica, interesse ou legitimidade). Já a inépcia formal ocorre quando faltam os requisitos formais do artigo 41 (requisitos de existência ou formalidades essenciais) na peça acusatória.

28. Ora, deve-se apresentar a fundamentação de forma analítica, tal como ela é exigida para a decisão judicial. A parte não pode expor as suas razões de modo genérico, não pode valer-se de meras paráfrases da lei; não pode alegar a incidência de conceito jurídico indeterminado, sem demonstrar as razões de sua aplicação ao caso.

29. O discurso desse ato processual assume forma de silogismo no qual o postulante apresenta **(a)** os fatos, premissa menor, **(b)** a regra jurídica que deve incidir no caso concreto, premissa maior, e **(c)** o pedido, ou seja, a conclusão, que tem de ser compatível com a subsunção de uma premissa na outra.

30. A causa petendi, por sua vez, não é a norma legal invocada pela parte, mas o fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo. Todo direito nasce do fato, ou seja, o fato a que a ordem jurídica atribui um determinado efeito. A causa de pedir, que identifica uma causa, situa-se no elemento fático e na sua qualificação jurídica. Ao fato em si mesmo dá-se



a denominação de 'causa remota' do pedido; e à sua repercussão jurídica, a de 'causa próxima' do pedido.

31. Nesse palmilhar, ao abordar a matéria sobre pedido e causa de pedir o professor Humberto Theodor Junior ensina que:

O núcleo da petição inicial é o pedido, que exprime aquilo que o autor pretende do Estado frente ao réu. É a revelação da pretensão que o autor espera ver acolhida e que, por isso, é deduzida em juízo. Como ensina Jacy de Assis, 'o pedido é a conclusão da exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos; estes são premissas do silogismo, que tem no pedido sua conclusão lógica'. Sua finalidade é dupla: obter a tutela jurisdicional do Estado (uma condenação, uma declaração, etc.) e fazer valer um direito subjetivo frente ao réu (Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. Rio Janeiro, 2000, p.318).

32. **Daí que a inicial não está apta a ser processada. Não há um único núcleo do tipo indicado que a parte Acusada tenha praticado.**

33. Da forma como exposta, baseada falas genéricas, fixadas ao livre arbítrio da parte, dificulta sobremaneira a defesa *ex adversa* e ofende o contraditório. Sequer existe a possibilidade de refutar a metodologia utilizada porque não se sabe o que se está postulando e tampouco como se chegou ao pleiteado.

34. Ante a sua generalidade, resta evidente empecilho ao exercício do direito de defesa, ofendendo, portanto, o princípio do contraditório. Macula de nulidade não somente uma eventual sentença, mas todo o processo. Trata-se de pressuposto processual necessário à constituição válida e regular do processo devendo, preliminarmente, ser indeferida a inicial, pois inepta

b. DA NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PRAZO LEGAL

35. Como se sabe, Código de Processo Penal regula nos artigos 563 a 573 as nulidades ocorridas no curso do processo crime



estabelecendo no artigo 564 um rol taxativo das nulidades que, havendo prejuízo para uma das partes, deverá ser declarado nulo, confira *in verbis*:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

II - por ilegitimidade de parte;

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante;

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri;

g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;

h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;

i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri;

j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua comunicabilidade;

k) os quesitos e as respectivas respostas;

l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento;

m) a sentença;

n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido;

o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;

p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o quorum legal para o julgamento;

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação.

Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.



36. O inciso IV do artigo 564 do Código de Processo Penal traz que será declarado o ato como nulo quando haver omissão de formalidade que constitua elemento essencial para o ato.

37. Noutro dito, a Constituição Federal preconiza no artigo 5º, inciso LV, como direito fundamental a segurança do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos inerentes, ou seja, reverte-se de instrumentos, meios e modos de produção, certificação, esclarecimento, confrontação de tudo que diga a respeito a seus interesses com a possibilidade de reação técnica e autodefesa, como ensina Nestor Távora:

A defesa pode ser subdividida em: (1) defesa técnica (defesa processual ou específica), efetuada por profissional habilitado; (2) autodefesa (defesa material ou genérica) realizada pelo próprio imputado. A primeira é obrigatória. A segunda estar no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio. A autodefesa comporta também subdivisão, representada pelo direito de audiência, “oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório”, e no direito de presença, “consistente na possibilidade de o réu tomar posição, a todo o momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas. Deve se assegurada a ampla possibilidade de defesa, lançando-se mãos dos meios e recursos disponíveis e a ela inerentes (art. 5º LV, CF), sendo, ademais, dever do Estado “prestar assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º LXXIV, CF). O STF consagra na súmula nº 523, ao tratar de defesa técnica, que no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo pelo réu”. Também do Pretório Excelso é o verbete segundo o qual “é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, ser o réu não previamente para constituir outro” (súmula nº708) (TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processo Penal. 9ª ed. rev., atual. e ampliada. 2. São Paulo: Editora juspodvinn, 2014, p.65)

38. Nesse contexto, audiência de custódia consiste num instrumento processual de condução do preso ao juiz, mediante a realização de uma audiência sem demora após a prisão flagrante, prisão cautelar ou



prisão decorrente de condenação, permitindo o contato imediato do preso com o magistrado, defensor, promotor, equipe psicossocial etc. e possui as seguintes finalidades:

1) Apresentação: o indivíduo preso ou detido deve ter contato direto e pessoal com o juiz, nos termos do princípio da imediação, razão pela qual a personalidade é característica essencial para a sua finalidade, ou seja, o contato direto e imediato do juiz com a pessoa presa. A análise da liberdade ou prisão do flagrado deverá dar-se a partir da oitiva qualificada do preso, pois muitas vezes mil palavras não seriam suficientes para traduzir com perfeição um ato ou uma expressão colhida em audiência.

2) Proteção: a audiência de custódia tem por fim tutelar a integridade física e psíquica do preso, coibindo eventuais excessos, tais como tortura, maus tratos, tratamentos desumano e cruel, bem como outras violações de direitos humanos (uso inadequado de algemas, recolhimento em quartel de presos militares etc.).

3) Constatação: aquilatar, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a necessidade de ser mantida a prisão, analisando os pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade da preventiva, averiguar qual a melhor cautelar diversa da prisão que se adequa ao caso, bem como possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

4) Adequação do ordenamento jurídico brasileiro aos tratados internacionais.

39. Portanto, a realização de audiência de custódia imediatamente após a prisão em flagrante é iniciativa que encontra respaldo em normas internacionais, sendo mecanismo de prevenção e de combate à tortura, visando também à humanização e à garantia de efetivo controle judicial das prisões provisórias.

40. Possui fundamento legal, em especial, no Pacto de San José da Costa Rica, integrado em nosso ordenamento jurídico através do Decreto 678/92, em que o Estado Brasileiro se comprometeu a cumprir seus termos integralmente:

Art. 1° A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), celebrado em São José da Costa Rica,



em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

41. Em seu artigo 7º, item 5, dispõe sobre o que, hoje se entende, audiência de custódia:

5. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

42. Daí que a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 213 prevê que a apresentação ocorra no prazo de 24h (vinte e quatro horas) da efetivação da constrição, independente da modalidade de prisão:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. (destacado).

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta resolução

43. É o que dispõe, também, o Código de Processo Penal em seu artigo 306, §1º:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.



§ 1º Em **até 24 (vinte e quatro)** horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

44. Isso porque a prisão, conforme previsão constitucional (artigo 5º, incisos LXV e LXVI), é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei.

45. A introdução do pacote "anticrime" (Lei nº 13.964/19) incorporou ao Código de Processo Penal as audiências de custódia, com possibilidade do relaxamento da prisão em flagrante e responsabilização penal, administrativa e civil do magistrado quando não realizadas injustificadamente, *in verbis*:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente.

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§1.º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do artigo 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§2º. Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§3º. A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§4º. Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade



competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

46. Daí que “[t]ranscorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva” (§4º do artigo 310 do Código de Processo Penal).

47. Nessa direção, temos o artigo 306 do Código de Processo Penal dizendo que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados **imediatamente ao juiz competente** e, na sequência, no § 1º do artigo 306 está que: em até 24 horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

48. Portanto, resta ilegal todas as provas que derivaram da prisão em flagrante devendo ser declaradas nulas e, conseqüentemente, a absolvição da parte Acusada.

c. DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO

49. A Constituição Federal de 1988 desempenha importante papel na estruturação do sistema de justiça criminal brasileiro. Ao mesmo tempo prevê garantias de cunho processual penal, trouxe regras específicas de definição da competência em razão da matéria e em razão da pessoa.

50. Dentre as garantias constitucionais, destaca-se o Juiz Natural, sobre o qual Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco lecionam:

Entende-se que o juiz natural é aquele regular e legitimamente investido de poderes da jurisdição, dotado de todas as garantias inerentes ao exercício de seu cargo (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos - CF, art. 95,



I, II e III) que decide segundo regras de competência fixadas com base em critérios gerais vigentes ao tempo do fato. Na lição de Jorge Figueiredo Dias, a ideia de juiz natural assenta-se em três postulados básicos: (a) somente são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; (b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato (c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competência que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. A garantia do juiz natural não se limita ao processo penal e revela-se, por isso, abrangente de toda atividade jurisdicional. É certo, por outro lado, que tal garantia não impede as substituições previstas em lei, os desaforamentos, a prorrogação de competência devidamente contempladas na legislação (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 2011)

51. Muito mais do que competência, em verdade, está relacionado à especificação do Juízo Natural destas Autoridades na hipótese da prática de crimes. O entendimento prevalecente é no sentido de que a disposição normativa "*visa proteger o cargo e não seu ocupante eventual, aquele sim a ser amparado pela garantia legal*" (RHC 82.698/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018).

52. A discussão na verdade diz respeito à definição da extensão do direito-garantia fundamental individual do Juiz Natural, exposta no artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal, segundo a qual "*não haverá juízo ou tribunal de exceção*".

53. A esse respeito, Gustavo Henrique Badaró leciona:

1.6 JUIZ NATURAL: DIREITO OU GARANTIA? Nem sempre são claras as distinções entre direitos e garantias. Obviamente, a diferenciação irá depender do critério eleito como elemento diferenciador. Na doutrina nacional é clássica a distinção de Ruy Barbosa: "no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, esta, as garantias:



ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação das garantias com a declaração do direito”. Em outras palavras, “os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens”. Todavia, não se pode ignorar que tal distinção, embora abstratamente clara, na prática nem sempre é de fácil aplicação. Isso porque, as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória”. Justamente por isso, não seria equivocado considerar o juiz natural, seja em seu conteúdo de juiz competente predeterminado por lei (CF/1988, art. 5.º, LIII), seja no que toca à vedação de instituir tribunais de exceção (CF/1988, art. 5.º, XXXVII), como um “direito-garantia”. Ou seja, à luz do critério acima exposto, a Constituição, de um lado, declara um direito: o direito de todo acusado ser processado e sentenciado por um integrante do Poder Judiciário e que seja competente segundo os critérios legais e constitucionais vigentes no momento da prática do delito. Por outro lado, o juiz natural não deixa de ser uma garantia de julgamento por um sujeito imparcial, sendo, pois, uma forma de se assegurar a imparcialidade do juiz. Com essa ressalva, é que ora se tratará do juiz natural como direito, enquanto vantagem conferida pela norma constitucional declarando o direito de ser julgado por um juiz predeterminado por lei; ora como garantia, que assegura o julgamento por um juiz não seguramente parcial, porque determinado ex post factum, seja por escolhas discricionárias de órgãos diversos do Poder Legislativo, seja por leis retroativas que modifiquem o juiz competente segundo as normas vigentes no momento da prática delitiva (BADARÓ, Gustavo Henrique. Juiz natural no processo penal [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014)

54. É certo que o direito/garantia do Juiz Natural tem várias implicações no sistema de definição da competência do órgão responsável pela persecução penal. Nesse contexto, a Constituição Federal desenvolve um importante papel ao definir, ela própria, escolhas de definição de competência relativas à matéria e, especialmente, em relação às pessoas que são alvo da persecução estatal.

55. A esse respeito, Gustavo Badaró entende que

SIG, Quadra 01, Lote 495, Edifício Barão do Rio Branco, Sala 252 | CEP 70.610-410 Brasília – DF.
Telefones +55 (61) 3963-1803 – 99222-1803

www.kesmadvogados.com.br



Já se defendeu que o foro por prerrogativa de função não é incompatível com o princípio constitucional da igualdade. Por outro lado, no que toca à reserva de lei, e em especial ao fator de coligamento, normalmente não há problema de vagueza ou ambiguidade dos critérios utilizados em sua definição. Em regra, tratam-se, inclusive, de critérios constitucionais. Quanto ao conteúdo, o preceito normativo costuma trazer uma determinada categoria de crimes (p. ex.: crimes comuns) e atribuir seu julgamento, quando praticados por uma determinada categoria funcional (p. ex.: Presidente da República ou Ministros de Estados) a um determinado tribunal (p. ex.: o STF). Todavia, embora a competência esteja prevista na Constituição da República, nas Constituições Estaduais ou em leis infraconstitucionais, e se baseie em fatores de coligamentos claros e objetivos, como tais fatores envolvem um estado funcional, mutável por natureza, não é incomum que, após o cometimento do delito o acusado que até então não exercia tal função, venha a assumi-la, ou ao contrário, o acusado que no momento do delito estava no exercício de uma função egrégia, deixe de exercê-la. Tais mudanças fáticas terão ou não repercussão sobre a definição do órgão jurisdicional competente? E, no caso de resposta positiva ao primeiro questionamento, isso será ou não compatível com a garantia do juiz natural. Em outras palavras, é necessário analisar quais os reflexos que o início e a cessão da atividade que justifica o foro por prerrogativa de função terão em termos de predeterminação do juiz competente. Trata-se de problema particular envolvendo a predeterminação do juiz competente, na medida em que a alteração ou mudança do órgão julgador não decorrerá de alteração de leis, mas de mudança do status profissional do acusado. Como já visto, os foros por prerrogativa de função não constituem tribunais de exceção e, nos limites previstos pela Constituição, sem que se amplie injustificadamente seu emprego mediante equiparações artificiais de funções que não se equivalem, não se choca com a regra da igualdade. Do ponto de vista técnico, trata-se de hipótese de definição de competência objetiva em razão da qualidade da parte, no caso, dos ocupantes de determinadas funções que estejam sujeitos a uma persecução penal, normalmente conjugada com competência objetiva em razão da matéria, no caso, crimes comuns. Porém, é inegável que se trata de medida excepcional, seja do ponto de vista da regra da isonomia, seja sob o enfoque do juiz natural enquanto juiz



predeterminado por lei no momento do cometimento do delito, cujas regras de definição devem ser interpretadas de forma restritiva. Consequentemente, sua incidência não pode ir além de sua finalidade natural, não podendo ser aplicado a caso em que não encontre uma clara e evidente justificção teleológica (BADARÓ, Gustavo Henrique. Juiz natural no processo penal [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014).

56. É preciso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal ocupa o topo desta pirâmide, cabendo a ele a interpretação da Constituição em última instância. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso, em seu artigo Jurisdição Constitucional:

a tênue fronteira entre o Direito e a Política, preceitua: A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de “contraponto e complemento”. Isso se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização mais recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo. As constituições contemporâneas, como já se assinalou, desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder. Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia



57. Com efeito, a verificação da competência do órgão julgador é atitude a ser desempenhada no limiar do processo, sem o que a prestação da tutela jurisdicional de forma justa, célere e efetiva não ocorrerá.

58. Nesse contexto, conforme lição de Pontes de Miranda, cabe a cada magistrado ser o primeiro juiz de sua própria competência, porquanto todos os que julgam têm competência para conhecer das questões que concernem à sua própria exclusão, *verbis*:

Todos os juízes têm poder para se dizerem competentes e, pois para se dizerem incompetentes, portanto, para julgar alguma coisa que está antes da sua competência; donde: todos os que julgam têm competência para conhecer das questões que concernem à sua própria exclusão, - competência que lhes dá posição pré-processual, se se trata de questão de existência da relação processual, ou de autocontrole, se se trata de questão de validade ou de eficácia. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários ao Código de Processo Civil. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 156) [g.n.]

59. **O controle da própria competência não é, pois, faculdade do julgador, mas, antes, poder-dever que lhe é atribuído pelo sistema jurídico.**

60. Nesse passo, o artigo 109 do Código de Processo Penal preceitua que, em qualquer fase do processo, se o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, sendo destituída de maior importância, no processo penal, a distinção entre incompetência absoluta e relativa (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 227).

61. No Código de Processo Civil, por seu turno, dos §§ 1º, 2º e 3º, do artigo 64, depreende-se que, de fato, é atribuído ao próprio julgador a competência mínima para exercer o primeiro controle de sua própria competência, *verbis*:

Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.



§ 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.

§ 2º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência.

§ 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.

62. Nesse passo, a parte Acusada não possui foro por prerrogativa de função, o que afasta a competência da Suprema Corte para investigar, processar e julgar acerca de eventuais fatos praticados.

III.III. DO MÉRITO

a. DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

63. Como se sabe, justa causa da incidência de um dispositivo criminal é definida como uma condição da ação, devendo, também, representar, dentre outras exigências, o mínimo de convencimento e/ou possibilidade para o recebimento da acusação.

64. A justa causa para o exercício da ação penal configura como condição da ação, sob pena de indeferimento da petição inicial, isto é, da denúncia ou da queixa, conforme se extrai do artigo 395, inciso III do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

(...)

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

65. Isso porque para o início do processo, é necessária a presença de lastro probatório mínimo, ou ao menos a descrição minuciosa dos fatos e da reprovabilidade ensejadora quanto à prática do delito e quanto à autoria, como ensina Renato Brasileiro:

Para o início do processo, é necessária a presença de lastro probatório mínimo quanto à prática do delito e quanto à autoria. É o denominado *fumus comício delicti*, a ser compreendido como a presença de prova da existência do crime e de indícios de autoria. Portanto, esgotadas as diligências investigatórias, e



verificando o Promotor de Justiça que não há, por exemplo, elementos de informação quanto à autoria do fato delituoso, deverá REQUERER O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. (BRASILEIRO. Renato. Código de Processual Penal Comentado - . 2ª edição Revisada e Atualizada. Salvador: Editora JusPodium. 2017)

66. Ora, tendo em vista que a simples instauração de um processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado, não se pode admitir a instauração de processos levianos, temerários, desprovidos de um lastro mínimo de elementos de informação, provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis, que dê arrimo à acusação.

67. A doutrina diverge quanto à natureza jurídica do que se compreende por *justa causa* no processo penal, vale dizer, “o fato ou o conjunto de fatos que justificam determinada situação jurídica, ora para excluir uma responsabilidade, ora para dar-lhe certo efeito jurídico”(Cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.)

68. Em um *primeiro grupo* estão os que a identificam como **(a)** uma condição *autônoma* da ação; **(b)** como uma *síntese* das condições da Ação Penal; **(c)** como *uma* das condições da ação (interesse de agir); ou, ainda, **(d)** como *mais de uma* condição da ação (interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido).

69. Em um *segundo grupo* estão os que a classificam como uma condição de procedibilidade, alheia ao injusto culpável e alusiva à admissibilidade da prossecução penal em relação a determinados comportamentos.

70. A jurisprudência densifica o conceito de justa causa quando procede a um exame da acusação, já formalizada, sob dois pontos de vista distintos: um *formal*, a partir da existência de elementos típicos (tipicidade objetiva e tipicidade subjetiva) e outro *material*, com base na presença de elementos indiciários (autoria e materialidade).



71. No primeiro conjunto inserem-se a análise das partes objetiva e subjetiva do tipo penal. A *parte objetiva* abrange os *elementos descritivos*, que contêm juízos de realidade, passíveis de verificação sensorial; os *elementos normativos*, juízos de valor que implicam uma valoração jurídica ou cultural; e, finalmente, os *elementos valorativos globais do fato*, cuja admissão antecipa o juízo de antijuridicidade.

72. Já a parte subjetiva se acha constituída, de acordo com a teoria dominante, por uma componente cognitiva (conhecimento) e outra volitiva (vontade), ou seja, o dolo, e, eventualmente, por elementos subjetivos, isto é, elementos de consistência pessoal interna (motivos, tendências e intenções), explícitos ou implícitos, que o legislador inclui na descrição da norma penal.

73. No segundo conjunto inserem-se os casos de acusações desacompanhadas de provas (STJ APn 660); acusações baseadas exclusivamente em prova legalmente inadmissível (STJ HC 41.504); acusações contraditadas por elementos incontestes existentes nos autos (STJ RHC 767); acusações deduzidas a partir de fatos penalmente irrelevantes (STJ APn 261); e de acusações em que não se estabelece nexo entre os elementos indiciários e o resultado (STJ HC 16.140).

74. Dessa forma, os vínculos existentes entre o direito de ação e a pretensão deveriam ser uma relação de instrumentalidade, na qual o exercício da ação estaria sujeito; eis que, em regra, há existência de três condições, legitimidade de parte, interesses de agir e possibilidade jurídica do pedido.

As denominadas condições da ação, no processo penal [brasileiro](#), condicionam o conhecimento e o julgamento da pretensão veiculada pela demanda ao preenchimento prévio de determinadas exigências ligadas ora à identificação das partes, com referencia ao objeto da relação de direito material a ser debatida, ora à comprovação da efetiva necessidade da atuação jurisdicional. (PACELLI, 2007, p. 83).

75. “*Desdobra-se no trinômio: necessidade e utilidade do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido e à*



adequação à causa do procedimento e do provimento, de forma a possibilitar a atuação da vontade concreta da lei segundo os parâmetros do devido processo legal” (CAPEZ, 2007, p. 470).

76. Portanto, os fatos da exordial acusatória demonstram a ausência de justa causa que culminam, conseqüentemente, no arquivamento do feito e a absolvição.

III.III.I. DA AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE

77. Como se sabe, no nosso regime processual, o sistema probatório é regido pelo princípio dispositivo, segundo o qual compete às partes produzir as provas e ao juiz apreciá-las.

78. Nesse sentido ensina Vicente Greco Filho:

Ao réu incumbe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ou seja, o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir modificar ou extinguir o direito do autor são desse tipo as chamadas exceções materiais, como, por exemplo, a *exceptio non adimpleti contractus*. Se o réu não provar suficientemente o fato extintivo, modificativo ou impeditivo, perde a demanda. Não existe, no processo civil, o princípio *in dubio pro reo*. No processo civil, *in dubio*, perde a demanda quem deveria provar e não conseguiu” (Direito Processual Civil Brasileiro Editora Saraiva 2º Volume c 11ª edição página 204).

79. Portanto, o ônus da prova nada mais é de que o encargo de trazer elementos capazes de certificar uma determinada situação, eis que uma relação é caracterizada pela existência de um dever de uma parte em contraposição ao direito de outra. “*É o conjunto de meios tendentes a convencer o magistrado acerca da existência ou inexistência de um fato.*” (Magalhães, Roberto Barcelos de. Dicionário jurídico e repertório processual. 3º volume, Rio de Janeiro, editora didática e científica Ltd a vírgula letra O a Z).



80. Nesse sentido, “é certo admitir que garantias constitucionais como a do devido processo legal, a da adequada tutela jurisdicional e a da não admissão da prova ilícita (arts. 5º, XXXV, LIV, LV e LVI, da Magna Carta) devem conviver e constituem uma espécie de limitador ao livre uso da prova no processo civil” (MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Proibição da prova ilícita no processo civil brasileiro*, p. 13.).

81. Para mais, como se sabe, nos termos do artigo 158-A do Código de Processo Penal, “[c]onsidera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

82. Trata-se, portanto, de um conjunto de procedimentos cuja finalidade é manter e documentar a história cronológica do vestígio. É fundamental, outrossim, para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial.

83. Na visão de Gustavo Badaró trata-se de

um procedimento de documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte de prova, até a sua juntada no processo, certificando onde, como e sob a custódia de pessoas e órgãos foram mantidos tais traços, vestígios ou coisas, que interessam à reconstrução histórica dos fatos no processo, com a finalidade de garantir sua identidade, integridade e autenticidade. (BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 523).

84. Para Genival Veloso de França “*entende-se por cadeia de custódia o registro em documento da movimentação dos elementos da prova quando do seu envio, conservação e análise nos laboratórios*” (FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Koogan, 2011. Genival Veloso de França é médico, bacharel em Direito, professor de Medicina Legal e autor de diversos livros sobre perícia.)



85. Noutro eito, Claudemir Rodrigues Dias Filho, após trazer à colação e analisar diversas definições técnicas de cadeia de custódia, da mais simples à mais complexa, propõe uma conceituação que incorpora os três elementos básicos da cadeia de custódia, quais sejam, registro documental, rastreabilidade e integridade, nos seguintes termos:

Uma sucessão de eventos concatenados, em que cada um proporciona a viabilidade ao desenvolvimento do seguinte, de forma a proteger a integridade de um vestígio do local de crime ao seu reconhecimento como prova material até o trânsito em julgado do mérito processual; eventos estes descritos em um registro documental pormenorizado, validando a evidência e permitindo sua rastreabilidade, sendo seu objetivo-fim garantir que a evidência apresentada na corte se revista das mesmas propriedades probatórias que o vestígio coletado no local do crime.⁷ DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas essenciais: processo penal. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 404. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, p. 436, 2009.

86. Assim, o que se busca nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a confiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências.

87. Portanto, na medida em que não se sabe como foram encontrados os elementos materiais do crime, isto é, não há um único registro documental que afirme que os objetos efetivamente foram encontrados nos locais indicados, houve quebra da cadeia de custódia, o que enseja no afastamento da materialidade do delito e, conseqüentemente, a absolvição.

III.III.IV. DA AUSÊNCIA DE DOLO

88. O espírito do legislador ao proclamar a criação do Código Penal de 40, em meio a um conturbado período de guerras e ditaduras, agasalhou, no artigo 18, inciso I, em relação ao elemento subjetivo do tipo, - o dolo -, as teorias da vontade e o do assentimento, as quais são, magistralmente, elucidadas nos ensinamentos de Ricardo Antônio:



O Brasil adotou, no art. 18, I, do Código Penal, a teoria da vontade (para que exista dolo é preciso a consciência e vontade de produzir o resultado – dolo direto) e a teoria do assentimento (existe dolo também quando o agente aceita o risco de produzir o resultado – dolo eventual)." (ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Manual de Direito Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 112-113).

89. O dolo, na linha das teorias adotadas, significa que deve haver, tanto na conduta comissiva, quanto omissiva, os elementos volitivo e intelectual, visando a finalidade de produzir um resultado penalmente relevante.

90. Notadamente, em linhas gerais, podemos dizer que o Código Penal, abraçou a teoria finalista, a qual, por assim dizer, é gênero, tendo as teorias da vontade e do assentimento como espécie. Sobre a teoria finalista, expõe o professor Rogério Sanches Cunha:

Criada por Hans Welzel em meados do século XX (1930-1960), a teoria finalista concebe a conduta como comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim. A finalidade, portanto, é a nota distintiva entre esta teoria e as que lhe antecedem. É ela que transformará a ação num ato de vontade com conteúdo, ao partir da premissa de que toda conduta é orientada por um querer. Supera-se, com esta noção, a “cegueira” do causalismo, já que o finalismo é nitidamente ‘vidente’ (2016, p. 182 e 183)

91. Ou seja, de se ver que o dolo faz parte do fato típico, especificamente da conduta, sendo que esta, para ser penalmente relevante, deve visar um resultado ilícito, sob pena do fato ser atípico.

92. Convém assinalar a disciplina do artigo 18, inciso I do Código Penal que define que o crime será doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, perceba:

Art. 18 Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo



93. Nesse diapasão, ressalta-se que, no processo penal hodierno, o ônus da prova recai, integralmente, sobre o acusador, que deve demonstrar, de modo incontestado, a procedência da pretensão punitiva.

94. **Daí que há necessidade de comprovar o dolo para a prática de tais crimes. Ora, na peça acusatória sequer há o núcleo do tipo penal supostamente praticado. Salta aos olhos a ausência da comprovação do dolo. Aliás, anote-se, a acusação nem sabe se a parte Acusada estava ou não nos eventos do dia 08 de Janeiro.**

95. A propósito:

1. Tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que, “na peça acusatória por crimes contra a honra, exige-se demonstração mínima do intento positivo e deliberado de lesar a honra alheia”, ou seja, o denominado animus injuriandi vel diffamandi (APn 724/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2014, DJe de 27/08/2014). 2. O contexto em que foram proferidas as palavras tidas pelo Querelante como ofensivas foi o de embate político entre o Governo do Distrito Federal, representado pelo Governador Apelado, e o Sindicato dos Médicos, presidido pelo Querelante. 3. Não verificado o dolo específico insito ao tipo, a conduta não ingressa na órbita penal. Precedentes. 4. Impõe-se a absolvição sumária do Apelado, pois o fato narrado na queixa-crime, embora verdadeiro, evidentemente não constitui crime (CPP, art. 397, III, *cc* Lei 8.038/90, art. 6º).” (APn 887/DF, j. 03/10/2018)

96. É cediço que “o Brasil adotou, no art. 18, I, do Código Penal, a teoria da vontade (para que exista dolo é preciso a consciência e vontade de produzir o resultado – dolo direto) e a teoria do assentimento (existe dolo também quando o agente aceita o risco de produzir o resultado – dolo eventual).” (ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 112-113).

Dolo, em sentido técnico penal, é a vontade de uma ação orientada à realização de um delito, ou seja, é o elemento subjetivo que concretiza os elementos do tipo. O crime é considerado doloso quando o agente prevê objetivamente o



resultado e tem intenção de produzir esse resultado ou assume o risco de produzi-lo, conforme preceitua o art. 18, I, do CP.

Partindo da Teoria Finalista, o dolo inclui unicamente o conhecer e o querer a realização da situação objetiva descrita pelo tipo, não fazendo menção à antijuridicidade da conduta (não inclui a consciência da antijuridicidade da conduta).

Segundo WELZEL, toda a ação consciente é conduzida pela decisão de ação, é dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizar – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real formam o dolo." (PACELLI, Eugênio. Manual de Direito Penal. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 272-273).

97.

É nesse sentido o precedente da Corte Superior:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 619 DO CP. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. CALÚNIA. OFENSA AO ART. 138 DO CP NÃO CONFIGURADA. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 397, III, 399 E 564, IV, DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O julgado recorrido não padece de qualquer omissão ou nulidade na sua fundamentação, porquanto apreciou as teses relevantes para o deslinde da controvérsia, não estando o magistrado obrigado a se manifestar de acordo com os argumentos suscitados pelas partes quando já houver encontrado fundamento suficiente para por termo a demanda. 2. O juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar que o fato narrado evidentemente não constitui crime. 3. Os comentários impróprios atribuídos ao Apelado em sua publicação não imputam nenhum fato criminoso aos Querelantes, tampouco lhes ofendem a dignidade ou o decoro, de modo que o fato evidentemente não constitui crime. 4. **A honra apresenta caráter personalíssimo, constituindo-se em atributo inarredável da personalidade individual. Assim, quando se fala em calúnia, injúria e difamação, está-se, na verdade, cogitando de ofensa à honra de uma determinada pessoa, individualmente considerada. Precedentes do STJ e do STF.** 5. Assim, em se tratando de crimes contra a honra, deve ficar clara a intenção do agente de macular a honra alheia de pessoa determinada. Sem o dolo específico e sem a individualização da vítima, não se pode falar em crimes de calúnia, difamação ou injúria. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp:



1823924 RS 2019/0192171-1, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 06/02/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/02/2020)

98. Ora, o direito penal é a *última ratio* e deve ser sempre evitada, e, desta forma, frente a qualquer dúvida, prima-se pela absolvição do acusado. Consequentemente, a dúvida deve sempre favorecer ao acusado, sob pena de ressurgir em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de responsabilização penal objetiva.

99. Para mais, não se pode alegar que incumbe à defesa fazer prova da inocência do réu. Num sistema que se propõe acusatório, a prova cabal do elemento subjetivo incumbe ao acusador, de modo que se ele não se desincumbir de seu ônus processual a absolvição é um imperativo.

100. A acusação tem de apontar sérios indícios para que a ação penal seja deflagrada, e tal exigência encontra fundamento de validade na Constituição da República, nos princípios de tutela da dignidade da pessoa humana inticada no artigo 1º, inciso III da Carta Constitucional.

101. Como já dito, a instauração do processo já atenta contra o *status dignitatis* do acusado, não se pode permitir que a ação seja uma aventura irresponsável, lançando-se no polo passivo, sem nenhum critério, qualquer pessoa.

102. Não é outra a lição consagrada pela doutrina:

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza *(dúvida) judicial, o princípio *in dubio pro reo* corrobora a atribuição de carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada) (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 564).

103. Assim, não há que se falar em distribuição da carga probatória, já que esta deve estar inteiramente nas mãos do acusador. Cabe



tão somente à defesa a função de contradizer a acusação, e não a de demonstrar, inequivocamente, a inocência do imputado.

104. Sobre o tema:

HABEAS CORPUS Nº 641991 - RS (2021/0025408-8)
DECISÃO(...)Ante da fragilidade da prova produzida e suscitada a dúvida sobre a autoria delitiva do primeiro e segundo fatos imputados aos réus, o princípio in dubio pro reo deve preponderar, impondo-se o juízo absolutório, forte no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (HC: 641991 RS 2021/0025408-8, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 03/03/2021) (grifo nosso)

105. Ademais, não é possível exigir-se da acusada que apresente uma versão ou comprovação de uma negativa de dolo, porquanto tal demonstração é impossível, na medida em que só se pode fazer prova daquilo que, de fato, tenha ocorrido.

106. Não se trata de reconhecer como falsa a hipótese acusatória, mas de não ser possível confirmá-la e, em razão disso, de não se pode negar ao réu o benefício da dúvida, garantido pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, bem como pelo artigo 7º, do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

107. Assim, forçoso reconhecer a ausência de provas suficientes quanto à existência de dolo nas supostas condutas praticadas, pelo que, de rigor, a absolvição é medida que se impõe

IV. DO PEDIDO

108. *Ex positis*, pede-se e requer:

- a. O recebimento da presente defesa
- b. O acolhimento das preliminares para rejeitar a denúncia.



- c. No mérito, absolvição sumária.
- d. Sejam arroladas as mesmas testemunhas da acusação, se reservando, a defesa, o direito de substituí-las a qualquer tempo.

109. Por fim, requer que todas as publicações relativas a esta ação sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado **KARLOS EDUARDO DE SOUZA MARES, OAB/DF 37.068**, sob pena de nulidade.

Termos em que A. Deferimento.
Brasília, *data da assinatura digital*.

Karlos Eduardo De Souza Mares
ADVOGADO
OAB/DF 37.068

Jacqueline Dias Gonçalves
ADVOGADA
OAB/DF 46.174

Bruna Pinheiro Lessa
ADVOGADA
OAB/DF 46.701

Hugo Jordane Lucena Costa
ADVOGADO
OAB/DF 62.953

Impresso por: 102.403.651-00 - MARCOS PEREIRA ROCHA
Em: 09/08/2023 - 22:51:03