

A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE EM FACE DA DOCTRINA DOS PRECEDENTES, DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E DE MEDIDAS COERCITIVAS.

THE APPLICATION OF THE CIVIL PROCEDURE CODE TO THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE: AN APPROACH REGARDING THE DOCTRINE OF PRECEDENTES, THE PRINCIPLE OF COOPERATION AND COERCIVE MEASURES.

Jorge André de Carvalho Mendonça¹
FADIC

Resumo

Diante de controvérsia em torno da existência de uma teoria geral do processo, que filosoficamente justifique a aplicação de regras de processo civil ao processo penal, perguntamos sobre a melhor interpretação da legislação vigente sobre a matéria. Não vendo incompatibilidade abstrata, passamos à análise de três institutos específicos, concluindo que, na verdade, a aplicação subsidiária da legislação processual civil dependerá de uma compatibilidade com o processo penal a ser avaliada em cada questão jurídica particular.

Palavras-chave

Subsidiariedade. Processo penal. Precedentes. Cooperação. Medidas coercitivas.

¹ Doutor em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisador Visitante na Universidade de Duke nos Estados Unidos em 2018/2019, com Doutorado Sanduíche reconhecido no Brasil. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense. Juiz Federal atualmente em auxílio no STJ. Professor do mestrado e graduação da Faculdade Damas. Lattes disponível em <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4453366A6> E-mail: jandrecm@hotmail.com.

Abstract

Because of the controversy about the subsistence of a general procedure theory, which philosophically justifies the application of civil procedure rules to criminal procedure, we wonder about the best interpretation of the current legislation on the matter. Seeing no abstract incompatibility, we analyse three specific institutes, concluding that the supplementary application of civil procedural legislation will depend on compatibility with criminal procedure to be evaluated in each legal particular issue.

Keywords

Supplementary. Criminal procedure. Precedents. Cooperation. Coercive measures

Introdução

Aury Lopes Jr., citando outros autores no mesmo sentido, reprovava a existência de uma disciplina intitulada “Teoria Geral do Processo”. Sustenta que ela tem sido ensinada por quem pouco sabe e fala do processo penal, levando este ramo específico do direito a ser apagado pela superioridade científica e dogmática inegável do processo civil (2015, *on-line*, p. 231).

Não temos a intenção de fazer uma pesquisa empírica que teste a afirmação, mas cremos no seu acerto. Isso porque os próprios livros sobre a chamada “teoria geral do processo” realmente parecem, no geral, dar uma preferência ao estudo de assuntos mais conectados com o processo civil, pouco lembrando do processo penal.

No entanto, Lopes Jr. vai muito além. Entende ser um erro pensar que as categorias do processo civil possam ser transmitidas e aplicadas no processo penal, sob pena de esquecer-se as categorias próprias do último. E acrescenta que este envolveria o excluído, estando ligado à liberdade e à vida, além de não ter existência fora de uma ação judicial; aquele se ligaria à riqueza, conectado à propriedade,

realizável fora de uma ação judicial, salvo se houver uma lide (2015, *on-line*, p. 232 e 233).

Nessa linha, só o processo civil seria um processo de partes livres e iguais, isto é, dominado pela liberdade de partes em situação de igualdade. O processo penal, em contraste, apresentaria uma relação de poder instituída pelo Estado, com a finalidade de descobrir a verdade dos fatos criminosos e punir os que forem considerados culpados, sem que isso possa acontecer a qualquer custo, mas em observância a princípios garantidores da liberdade e da dignidade do ser humano (SANTOS, 2008, p. 671 e 672).

Por outro lado, o pessoal do processo civil se defende. Fredie Didier, por exemplo, contesta a censura, dizendo que a teoria geral do processo é uma parte da teoria geral do direito, caracterizando-se como uma disciplina filosófica, anterior ao direito positivo, independente do conteúdo dos textos normativos. Rebatendo exatamente a repreensão feita por processualistas penais, assevera que eles partem de premissa equivocada, imaginando que a teoria geral equivaleria a um direito processual único, aplicável a todas as modalidades de processo, malgrado ela não se trate de uma parte geral de um código ou de um conjunto de “normas jurídicas” (2015, p. 34 a 37).

É ultrapassado esse pensamento de Lopes Jr. Hoje em dia, o processo penal não pode se restringir ao excluído, muito pelo contrário, devendo abranger principalmente os poderosos, justamente aqueles que se beneficiam da desigualdade social brasileira. Em tese, ele não se resume mais apenas à criminalidade tradicional, alcançando novos delitos que geralmente são praticados pelos privilegiados, ainda que na prática os dados comprovem que o sistema tem sido bem mais rigoroso com aquela. Por sua vez, o processo civil não tem mais como objetivo principal o de proteger a propriedade, atingindo várias outras áreas nas quais é o excluído umas das partes do processo, não

raramente tendo como “adversário” o Estado, como acontece, a título ilustrativo, com as ações que envolvem a seguridade social – saúde, assistência e previdência.

Ademais, enquanto atualmente o processo penal também trabalha com alguma margem de liberdade, ela é reduzida em determinadas áreas do processo civil, como acontece nos infinitos casos de atuação da Fazenda Pública em juízo. A igualdade de partes e a dignidade da pessoa humana, isso é bem claro, não é exclusiva deste, cabendo a busca da verdade a ambos os ramos, embora de uma verdade processual, não mais real, sobretudo diante de limites que impedem a produção de provas ilícitas.

Mas Didier também não está totalmente correto. Ao falar em uma teoria geral do processo como disciplina filosófica, aliás como o próprio nome já insinua, ele pretende atribuir-lhe um caráter universal, mencionando institutos como a decisão judicial, as provas, as presunções, dentre outros, que, segundo ele, deveriam ter um padrão teórico comum no mundo inteiro (2015, p. 34), e para todos os tipos de processo, parecendo aqui desejar impor uma ideologia.

Mas dentro de um determinado tempo e espaço, não há motivos para grandes preocupações filosóficas sobre as diferenças efetivamente existentes entre processo penal e civil. A aplicação subsidiária de normas que eventualmente os levem a um ponto comum possui dois requisitos fundamentais: a omissão e a compatibilidade. Em primeiro lugar, é preciso que um diploma legal seja omissivo quanto a determinado ponto para que se aplique outro dispositivo legal em subsidiariedade. Em segundo lugar, é necessário que o regime omissivo seja compatível com a disciplina que é trazida para resolver a lacuna existente (RODRIGUES, 2017, p. 36), o que, corretamente aplicado, reduz o risco de afronta às normas próprias do processo penal.

Assim, nada impede que haja preceitos comuns, até como forma de evitar que o estudo do processo penal seja omissivo em relação a vários temas, com risco de ficar incompleto. Desde que as eventuais distinções sejam ressaltadas por aqueles que trabalham a chamada teoria geral do processo. Se é que as grades curriculares das faculdades, em face das novas diretrizes apresentadas pelos órgãos competentes, terão espaço para a manutenção dessa disciplina autônoma.

Mas, uma vez colocado o problema sob uma perspectiva filosófica, agora voltaremos nossa preocupação para seus aspectos dogmáticos, perguntando sobre qual deve ser a interpretação da legislação vigente, com foco específico em alguns institutos previstos expressamente previstos apenas no CPC, a fim de verificar a viabilidade de sua aplicação supletiva ao processo penal brasileiro.

1. A aplicação subsidiária do CPC ao processo penal sob uma perspectiva dogmática:

Entrando nos aspectos dogmáticos do problema, chegamos finalmente à interpretação do texto legal objeto do nosso comentário, o qual, na nossa perspectiva, deve ser lido em conjunto, pelo menos, com outro enunciado legal mais específico, o que será visto a seguir.

Conforme ressaltamos em outra oportunidade (FERNANDES; KOEHLER; MENDONÇA, 2021, p. 81 e 82), o art. 15, do CPC,² não se refere ao processo penal, de maneira que sua interpretação literal e isolada poderia conduzir a uma completa separação entre os dois ramos do direito processual, a qual, todavia, não nos parece a solução mais adequada.

² Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Na ocasião, também mencionamos o entendimento de Renato Brasileiro de Lima, para quem a interpretação literal do referido dispositivo não apresenta nenhuma razão lógica para afastar a aplicação supletiva e subsidiária do CPC ao processo penal. Quando o art. 15 do CPC faz referência apenas aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, cometeu uma omissão involuntária, que deve ser suprida pela interpretação extensiva, reconhecendo-se a possibilidade de aplicação supletiva e subsidiária do novo diploma processual civil ao processo penal (LIMA, 2017, p. 34 e 35).

Ressaltamos, outrossim, que a despeito de não ser muito preciso, dispondo apenas que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito, o art. 3º, do CPP, sempre foi utilizado como fundamento para fazer incidir as disposições do CPC ao processo penal. Em outras palavras, apesar de o art. 15, do CPC, não elencar expressamente o direito processual penal dentre as matérias passíveis de sua aplicação subsidiária e supletiva, a possibilidade é garantida pela própria legislação processual penal.

Lembramos ainda, nesse sentido, a trilha seguida pela I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal - Centro de Estudos Jurídicos, evento que contou com a presença de vários ministros e outros juristas renomados nas comissões de trabalho, contando ainda com a participação de inúmeros profissionais do direito espalhados pelo país, tanto na submissão de propostas quanto na participação nos debates e na votação. Naquele ensejo foi aprovado o enunciado nº 3, segundo o qual “as disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei”.

No julgamento do RMS 62.452/PR e de outros sobre semelhante tema, o mesmo entendimento foi aplicado pela 3ª Seção do

STJ, responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal na área criminal, consoante o art. 12, p.u., do RISTJ. Ao decidir a questão principal, a qual será abordada posteriormente, o colegiado teve a necessidade de utilizar como primeiro argumento exatamente o da aplicabilidade subsidiária do CPC. Confira-se:

(...) é interessante ressaltar que o novo Código de Processo Civil não prevê expressamente o suprimimento do processo penal por suas normas. Isso porque o artigo 15 do CPC traz a seguinte redação: (...). Da leitura do artigo, percebe-se que não há menção aos processos penais, o que trouxe duas correntes sobre a sua possibilidade de aplicação: a primeira determina que o rol trazido pelo CPC é exemplificativo, o que permite o acréscimo dos processos penais às possibilidades de aplicação analógica; a segunda, por sua vez, defende a taxatividade do rol, excluindo os processos penais e determinando o preenchimento de suas possíveis lacunas com a aplicação do Código de Processo Penal Militar. Prevalece, no entanto, o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, permitindo o preenchimento de lacunas ou complementação do CPP com os dispositivos do CPC." (*Idem*). A jurisprudência desta Corte, seguindo a doutrina majoritária, não titubeia quanto à aplicabilidade das normas processuais civis ao processo penal, desde que haja lacuna a ser suprida.

Insta ressaltar que, a despeito de três votos vencidos, a divergência se restringiu à questão de fundo julgada na ocasião, não

sendo consignada nenhuma discordância quanto à possibilidade de aplicação subsidiária do CPC ao processo civil.

Dogmaticamente, é legítima a realização de outras interpretações dessa parte do ordenamento jurídico vigente, em face da vagueza dos textos legislativos respectivos. Porém, embora a priori possa parecer que a vedação da aplicação do processo civil subsidiariamente seria mais favorável aos acusados, na realidade é o contrário o que acontece, ou no mínimo pode acontecer. Isso porque o Estatuto processual penal não cobre uma série de assuntos que seriam supridos por uma amplíssima discricionariedade judicial em caso de não incidência subsidiária do processo civil. Com este, os demais profissionais do direito, bem como os jurisdicionados, ao menos reduzem esse livre arbítrio do juiz.

Aliás, como lembra Kircher, igualmente mencionado no nosso estudo anterior, a legislação processual penal sequer versa acerca das regras procedimentais que regulam os recursos especial e extraordinário, sendo admitidos tais meios de impugnação da decisão judicial, atualmente, justamente diante da sua previsão no CPC (2018, p. 135). O mesmo acontece com relação a vários outros assuntos, os quais não podem ser todos abordados neste estudo, em face de cortes necessários à delimitação da matéria. Isso não impede, porém, que alguns deles, tidos por nós como mais importantes, sejam aqui enfatizados. São eles: a teoria dos precedentes; o princípio da cooperação; e as medidas coercitivas decorrente de um poder geral de cautela.

2. O sistema de precedentes criminais:

Não vemos como deixar de acolher o *stare decisis* no sistema de justiça criminal brasileiro. A defesa de previsibilidade, segurança

jurídica, certeza e proteção da confiança, que sustentam o princípio da legalidade penal, são fundamentos que se adequam perfeitamente à teoria dos precedentes. Ao fim e ao cabo, a base filosófica de ambos os institutos é praticamente idêntica, com pequenas dessemelhanças que muito longe estão de torná-los incompatíveis.

O princípio da legalidade surgiu no *civil law*, sobretudo na área criminal, visando evitar abusos que poderiam ser cometidos pelos juízes que serviam ao antigo regime. Atualmente, porém, essa família jurídica felizmente percebeu, assim como anteriormente já acontecia no *common law*, que os legisladores não são capazes de antecipar todas as controvérsias que surgirão no futuro das sociedades hipercomplexas. A necessidade de observância a precedentes surge por aqui também por essa razão, como uma tarefa de normatização complementar, como mais um guia para orientar o comportamento dos jurisdicionados.

Daí se percebe que não há incompatibilidade do processo penal com o sistema de precedentes, muito pelo contrário. Por isso, a aplicação subsidiária do CPC, explicada no item 2 supra, tem perfeita aplicação ao instituto ora analisado.

Na forma do art. 927, do CPC, os juízes e os tribunais observarão precedentes em algumas hipóteses previstas em seus incisos. A despeito de controvertida a interpretação do dispositivo, a nossa leitura é de ter havido a adoção legal de um sistema parcial de precedentes, limitado àquelas situações, mas de forma obrigatória e abrangente de todos os ramos do direito brasileiro. Não há necessidade de o CPP repetir as palavras já colocadas no CPC, embora até fosse interessante que aquele adotasse um sistema de precedentes vinculantes ainda mais amplo.

Também já ressaltamos que essa interpretação – de extensão da teoria dos precedentes ao processo penal brasileiro, foi confirmada por nosso próprio legislador, ainda que indiretamente, no chamado

“pacote anticrime” (Lei nº 13.964/2019). A nova redação que atribuiu ao art. 315, § 2º, do CPP, passou a tratar do instituto expressamente em duas oportunidades. Seguindo a mesma linha do CPC, estabeleceu não ser considerada fundamentada a decisão judicial que: se limitar a invocar “precedente” ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (inciso V); deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou “precedente” invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento (inciso VI). Embora a inovação tenha sido apresentada apenas no capítulo que trata da prisão preventiva, corresponde à reprodução fiel do art. 489, § 1º, do CPC, como bem lembrado por Sanches Cunha (2020, p. 296), o que sugere um intercâmbio entre os dois ramos do direito processual quanto ao tema (FERNANDES; KOEHLER; MENDONÇA, 2021, p. 83).

Sob um ponto de vista prático, e sem nenhuma pretensão de elaborar uma pesquisa empírica quantitativa sobre a questão, o sistema de precedentes parece que vem sendo adotado nos Tribunais Superiores, a despeito de falhas decorrentes da imperfeição humana, da grande quantidade de processos, bem como de uma cultura ainda voltada para a decisão mais justa, de acordo com o conceito individual de justiça de cada julgador. Até mesmo o julgamento de *habeas corpus*, quando efetuado pelo colegiado máximo do Tribunal, tem formado precedente obrigatório. Ao afetar ao Plenário o julgamento do HC 185.914/DF, o ministro Gilmar Mendes, relator da ação, salientou a postura da Corte, nos últimos anos, de valorizar as decisões tomadas pelo Pleno mesmo em sede do *writ*, com potencial aplicação a outros processos, por outros juízos. Lembrou do HC 166.373 (Rel. Min. Edson Fachin, j. 2.10.2019), relativo à ordem das alegações finais em casos com colaboradores premiados; do RHC 163.334 (Rel. Min. Roberto

Barroso, j. 18.12.2019), que entendeu pela tipicidade do não recolhimento de ICMS; e do HC 176.473 (Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27.4.2020), sobre interrupção da prescrição pelo acórdão que confirma a condenação efetuada no 1º grau de jurisdição, notando ainda que nele foram inclusive admitidos *amici curiae* para o debate da questão, com marcante sinal de ampliação dos efeitos da decisão para outros casos. Ele tampouco esqueceu da modulação dos efeitos temporais dos precedentes formados no HC 82.959, de 23.2.2006, quando da declaração de inconstitucionalidade do cumprimento de pena em regime integralmente fechado, para que a decisão não tivesse consequências jurídicas com relação às penas já extintas naquela data.

Não obstante o STJ ainda não tenha chegado a tanto, é muito comum aquele Tribunal dar ou negar provimento a pedido ou recurso, monocraticamente pelo relator, apenas com base na jurisprudência dominante, ainda que não haja um precedente obrigatório a ser observado (art. 34, XVIII, “b” e “c”, partes finais, do RISTJ). A despeito de críticas doutrinárias que fogem da nossa abordagem, isso demonstra uma valorização ainda mais ampla que a do *stare decisis*, o qual, inclusive, é ratificado no restante dos mesmos textos regimentais mencionados.

4. O princípio da cooperação:

O art. 6º, do CPC, prevê o princípio da cooperação, prescrevendo que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Embora no âmbito do direito português, Teixeira de Sousa, ao abordar o referido princípio, assevera a imposição ao tribunal de um dever geral de auxílio às partes, complementar ou corretor, para que

haja a justa composição do litígio, enfatizando para tanto o seguinte: 1) dever de utilizar os poderes inquisitórios que lhes são atribuídos pela lei; 2) dever de prevenção ou advertência sobre falhas processuais cometidas pelas partes; 3) dever de esclarecimento do tribunal perante as partes a respeito de dúvidas sobre as suas alegações; 4) dever de consulta às partes sempre que pretender conhecer de matéria de fato ou direito sobre a qual não tenham se pronunciado, evitando as chamadas decisões-surpresa; 5) dever de auxílio para a remoção de dificuldades ao exercício de direitos e faculdades ou ao cumprimento de ônus processuais (2015, *on-line*, p. 2 e 3).

Não obstante ser inegável a sua adoção pela legislação processual civil brasileira, ao pensar na filosofia jurídica que envolve os principais sistemas processuais do mundo ocidental, não vemos possibilidade prática de cooperação entre os sujeitos do processo.

Em primeiro lugar, com relação ao juiz e aos demais sujeitos processuais, essa colaboração, ainda que inconscientemente, contribuirá muito mais para um tratamento desigual das partes, com quebra de imparcialidade de que deva ser equidistante, e tendência de prestígio àquele que foi auxiliado. Processo justo, na nossa visão, não é aquele que conduz a um resultado mais equânime, mas apenas o que controla a atuação das partes, dentro das regras do jogo, para que elas não se excedam nas suas tarefas e ônus. Afinal, sempre enfatizamos Bobbio, em uma só hipótese poderíamos aceitar reconhecer como direito unicamente o que é justo, o que aconteceria unicamente no dia em que a justiça fosse uma verdade evidente, ou pelo menos demonstrável como uma verdade matemática, com um consenso humano sobre o que é justo ou injusto, situação na qual estamos longe de chegar (2008, p. 56).

Em segundo lugar, na prática é ainda menos possível a cooperação entre autor e réu. Cada um deseja vencer, não pretendendo

ajudar o opositor de nenhuma maneira, simplesmente por não ser essa a natureza humana. Pensar o contrário é, *mutatis mutandis*, imaginar que alguém, em uma disputa esportiva, externe ao seu adversário qual o ponto fraco que ele pode explorar, algo inimaginável.

No Brasil, apesar de uma certa variação de leituras, uma visão menos romântica do princípio é apresentada por Mitidiero. Não obstante enfatize o princípio da cooperação como uma nova dimensão do papel do juiz na condução do processo, ele pelo menos reconhece que ela não implica colaboração entre as partes, haja vista que elas não querem colaborar, mas apenas vencer. As partes não colaboram entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio (2015, p. 49), diz ele acertadamente.

De *lege lata*, todavia, Mitidiero vai muito longe. Ele tenta defender uma fundamental importância em relação ao texto do art. 6º, do CPC, mas diz que a colaboração não alcança, de modo nenhum, todos os sujeitos do processo (2015, p. 49). Se essa leitura é defensável sob o ponto de vista filosófico, ela ofende nitidamente o direito positivo, sendo contrário à zona de clareza do texto legal, haja vista a sua menção, repita-se de que “todos os sujeitos do processo devem cooperar”.

Ideologicamente aderimos a um modelo de processo adversarial, observado no *common law*, por meio do qual, em brevíssimo resumo, é ônus das partes investigar e produzir as provas que serão consideradas no julgamento, com mero controle de excessos pelo juiz. Mas o princípio da cooperação aparenta nos levar ao modelo oposto, o inquisitorial, tal como expressamente sugere Teixeira de Sousa, na sua explicação acima mencionada. Logo, se fosse o caso de apenas demonstrar a nossa opção, já concluiríamos pela incompatibilidade do art. 6º, do CPC, com o processo penal.

Porém, a questão mais importante não está na nossa opinião, é óbvio, mas na possibilidade ou inviabilidade dogmática de aplicação do princípio da cooperação subsidiariamente ao processo penal brasileiro.

Não é de agora que se fala em um sistema acusatório que seria inerente ao processo penal, não só aqui no Brasil (p. ex, PACELLI, 2016, n.p.), como também nos países latinos (BRANDÃO, 2009, p. 19; FERRAJOLI, 2006, p. 518 a 522, etc.). Por necessidade de delimitação espacial, não podemos investigar se esse sistema possui características próprias que lhe concedam força mínima para ser considerado autônomo em relação ao demais, ou se ele não passa de uma atenuação de um deles, ou de uma mistura de ambos. Contudo, mesmo que se imagine um sistema acusatório, autônomo e decorrente da Constituição Federal de 88, como normalmente coloca a doutrina e a jurisprudência nacionais, não é tão fácil verificar dogmaticamente a sua incompatibilidade com o princípio da cooperação.

Se esse sistema acusatório decorre do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e do estado democrático de direito, o que não é uma interpretação clara dos respectivos textos constitucionais, a inconstitucionalidade do princípio da cooperação também teria que ser reconhecida na seara civil, já que as redações dos correspondentes dispositivos não fazem a menor diferença entre as áreas do direito, abrangendo todas elas. Por sua vez, se um amplo sistema acusatório decorre do art. 129, I, da CF, o que também não é uma verdade indiscutível, não haveria óbice à aplicação subsidiária ora discutida, eis que o juiz somente não poderia auxiliar o Ministério Público, ou substituir a sua atuação, no oferecimento da denúncia e início da ação penal, não tendo o dispositivo nenhuma relação, por exemplo, com a questão da iniciativa probatória.

Mas há um outro dispositivo constitucional, restrito ao sistema de justiça criminal, que, a despeito da sua abertura interpretativa, pode realmente levar a uma conclusão diferente. Trata-se do conhecido art. 5º, LVII, da CF, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Eis aqui o controverso princípio da presunção de inocência, o qual, a despeito da discricionariedade em adotar-se ou não todas as suas vertentes, tem como núcleo duro justamente a carga probatória na acusação.

Não parece haver dúvida que a presunção de inocência, na sua faceta que põe o ônus da prova no órgão acusatório, impede a aplicação subsidiária do princípio da cooperação no processo penal. Se o ônus é do autor da ação penal, o réu não tem dever de colaborar, como já registrou Mitidiero em relação ao processo civil. Aliás, idêntica conclusão também decorreria do direito à não autoincriminação. Mas a grande questão é saber se o juiz criminal tem o dever de prevenção, esclarecimento, consulta e auxílio, sendo razoável entender-se que não, mas não decorrendo esse raciocínio de uma única e clara leitura da redação constitucional, o que retira o absurdo de uma interpretação contrária.

Por outro lado, com a Lei 13.964/19, chamada de pacote anticrime, foi incluído no CPP o art. 3º-A, o qual, aí sim, fala expressamente em uma “estrutura acusatória”, vedando a iniciativa do magistrado na fase de investigação, bem como a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Mesmo assim, o dispositivo é vago, trazendo alguns pontos de imprecisão. O juiz não pode tomar a iniciativa investigativa, mas pode complementar a atuação da polícia e da acusação, colaborando com elas? Em juízo, ele não pode substituir a atuação do autor da ação penal, mas pode complementá-la, por exemplo, efetuando as perguntas durante o interrogatório do

imputado, inclusive indagando-lhe se é “verdadeira a acusação que lhe é feita”, como determina o art. 187, § 2º, I, do CPP? E mais: se o magistrado não pode complementar em nada a atividade da acusação, o princípio constitucional da igualdade, bem como a exigência de imparcialidade, requer a mesma postura em relação à defesa, ou quanto a ela vale exclusivamente o *favor rei*?

Essas perguntas pedem uma resposta discricionária do intérprete do texto legal. É claro que, de acordo com a filosofia que vem sendo seguida no Brasil, inclusive por julgados dos Tribunais Superiores, é perfeitamente viável entender-se que o princípio da cooperação é incompatível com o processo penal brasileiro, sobretudo quando voltado à colaboração com o Ministério Público. Essa inclusive é a nossa escolha, mas não chegemos ao ponto de atribuí-la o poder de, dogmaticamente, ser considerada a única resposta correta e aceitável no ordenamento jurídico ainda vigente.

5. As medidas coercitivas

Outro enorme problema enfrentado quanto à aplicação do CPC subsidiariamente ao processo penal está na questão relativa às medidas coercitivas previstas apenas naquele. Evidente que o próprio CPP já tem uma série de medidas coercitivas próprias, inclusive mais graves que aquelas do campo cível, como ocorre com a prisão preventiva. Mas há providências que são expressamente previstas na legislação processual civil, dentre elas, talvez a mais importante, estando a aplicação de multa diária pelo descumprimento de decisão judicial, geralmente aplicada sobre terceiros, notadamente as grandes empresas de tecnologia que têm resistido a fornecer informações relativas a seus clientes, mesmo que réus em ações penais.

Sem um paralelo expreso no processo penal vigente, os arts. 536 e 537, do CPC, estabelecem a possibilidade de o juiz determinar várias medidas coercitivas, valendo ressaltar aqui a imposição de multa suficiente e compatível com a obrigação, mediante a concessão de prazo razoável para cumprimento do preceito.

Para Barros e Peixoto, trata-se de importante instrumento posto à disposição dos juízes para impor ao obrigado o cumprimento das decisões judiciais, correspondendo a sanções pecuniárias largamente utilizadas, o que teria aplicação subsidiária ao processo penal por força do disposto no citado art. 3º, do CPP (2016, p. 79).

Essa foi a linha adotada, obviamente sem caráter vinculante, no III Fonacrim – Fórum Nacional Criminal dos Juízes Federais do Brasil, evento que reuniu vários integrantes da categoria para discutir o sistema de justiça penal. Na ocasião, foi emitido o enunciado 12 no sentido de ser “cabível a fixação de ‘astreintes’ no processo criminal”, tendo ele recebido renumeração no IV Fonacrim, passando ao número 47.

Barros e Peixoto também lembram alguns julgados do STF e STJ no mesmo sentido, um deles determinando a aplicação de multa diária de R\$ 50.000,00 à Google Brasil Internet Ltda., em face do descumprimento de ordem judicial de quebra de sigilo das comunicações por e-mail (2016, p. 80).

A questão tem se repetido na prática, mas os Tribunais Superiores têm confirmado a viabilidade da aplicação subsidiária dos arts. 536 e 537, do CPC, ao processo penal, mormente quando a coerção pecuniária recai sobre terceiro.

No já mencionado RMS 62.452/PR, a 3ª Seção do STJ, responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal na área criminal (art. 12, p.u., do RISTJ), por maioria voltou a decidir pela possibilidade de aplicação da multa diária, agora em desfavor do

Facebook, por descumprimento de decisão judicial. Os trechos da ementa do acórdão que aqui nos interessam são os seguintes:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERCEPTAÇÃO DE DADOS. ASTREINTES. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE POR DECISÃO SUPERVENIENTE DO STF. APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO CPC AO PROCESSO PENAL. MULTA DIÁRIA E PODER GERAL DE CAUTELA. (...). WHATSAPP. LEGITIMIDADE DO FACEBOOK. (...). RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

(...)

3. Conforme amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência, aplica-se o Código de Processo Civil ao Estatuto processual repressor, quando este for omisso sobre determinada matéria.

4. "A finalidade da multa é coagir (...) ao cumprimento do fazer ou do não fazer, não tendo caráter punitivo. Constitui forma de pressão sobre a vontade", destinada a convencer o seu destinatário ao cumprimento". (...).

5. Aplica-se o poder geral de cautela ao processo penal, só havendo restrição a ele, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 444/DF, no que diz respeito às cautelares pessoais, que de alguma forma restrinjam o direito de ir e vir da pessoa. O princípio do *nemo tenetur se detegere* e da vedação à analogia *in malam partem* são garantias em favor da defesa (ao investigado, ao indiciado, ao acusado, ao réu e ao

condenado), não se estendendo a quem não esteja submetido à persecução criminal. Até porque, apesar de ocorrer incidentalmente em uma relação jurídico-processual-penal, não existe risco de privação de liberdade de terceiros instados a cumprir a ordem judicial, especialmente no caso dos autos, em que são pessoas jurídicas. Trata-se, pois, de poder conferido ao juiz, inerente à própria natureza cogente das decisões judiciais.

(...)

(RMS 62.452/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2020, DJe 20/08/2020)

Do voto vencedor externado no inteiro teor do acórdão se verifica que o primeiro ponto resolvido reconheceu a aplicabilidade do CPC ao Estatuto Processual Penal, já mencionada acima. Afirmou-se que isso aconteceria quando este for omissivo sobre determinada matéria, embora inicialmente a decisão tenha esquecido de explicitar a concomitante necessidade de compatibilidade (p. 34).

A posição ganhadora, no segundo tópico, relacionou a multa diária ao poder geral de cautela, aplicável também na área criminal, salvo quanto à liberdade de ir e vir, a única incompatível com as cautelares inominadas. Indiretamente, então, entendeu pela existência de harmonia do instituto com o processo penal, ratificando a possibilidade de sua aplicação subsidiária. Além disso, enfatizou a finalidade de conferir efetividade à decisão judicial (p. 36 e 39), o que se aplica indistintamente ao processo civil e penal.

Em seguida, o voto vencedor salientou a aplicabilidade das *astreintes* a terceiro não integrante da relação jurídico-processual,

como o WhatsApp, Facebook e Google, quando ressaltou, ainda que eventualmente como *obiter dictum*, que elas só seriam inválidas se incidisse sobre o réu, caso em que haveria violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Este, assim como a vedação à analogia *in malam partem*, são garantias exclusivas em favor da defesa, não se estendendo a quem não esteja submetido à persecução criminal, registrou o órgão (p. 43 e 46).

Assim, as medidas coercitivas não pessoais, previstas especificamente no CPC, mas não no CPP, podem ser aplicadas subsidiariamente ao último, *maxime* se incidirem sobre terceiro não integrante da relação processual.

Existem inúmeras outras hipóteses de aplicação do CPC supletivamente ao processo penal, como já mencionamos acima. Mas, neste ensejo, ficaremos por aqui, até para não aprofundar excessivamente a abordagem do processo penal em livro que versa sobre processo civil.

Conclusão

Diante do exposto, concluímos, sob um prisma dogmático, pela possibilidade de aplicação subsidiária, ao processo penal brasileiro, de institutos previstos exclusivamente no Código de Processo Civil. Mas isso não quer dizer que isso deva ocorrer aleatoriamente em toda e qualquer situação de omissão da legislação criminal indicada. Pelo contrário, a análise deverá ser efetuada em face de particularidades de cada tema, não nos parecendo que haja incompatibilidade com o sistema de precedentes, com as medidas coercitivas não pessoais, o mesmo não acontecendo, dentro da nossa avaliação, com o princípio da cooperação.

REFERÊNCIAS

BARROS, Mauro Alencar de; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Comentários ao enunciado 47 do FONACRIM. *In*: CARVALHO, César Arthur Cavalcanti de; MENDONÇA, Jorge André de Carvalho (coord.), *Enunciados FONACRIM: Fórum Nacional dos Juizes Federais Criminais*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 78-82

BOBBIO. Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Edipro, 2008.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de; BRANDÃO, Nuno. Sistemas Processuais Penais do Brasil e de Portugal – estudo comparado, *In*: CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (org.), *Processo Penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 11-69.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A formação de precedentes no Superior Tribunal de Justiça e sua eficácia vertical no sistema de justiça penal brasileiro, *In*: Associação dos magistrados brasileiros *et al*,

(coord.), *Sistema Penal Contemporâneo*. Belo Horizonte: Forum, 2021, pp. 75-91.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2ª edição, Salvador: Jus Podivm, 2017.

LOPES JR., Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 1, n. 1, Porto Alegre, 2015, pp. 230-237. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.13>. Acesso em 25/01/2022.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro, In: *Revista do Advogado*, n. 126. São Paulo: AASP, 2015, pp. 47-52.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. Da Aplicação das Normas Processuais: art. 15, In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida (coord.), *Novo Código de Processo Civil Comentado: Tomo I*. São Paulo: Lualri, 2017, pp. 36-37.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3ª edição. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SOUSA, M. Teixeira. Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?, disponível em https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._O_miss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%A2ncias_01.2015_. Acesso em 26/01/2022.