

A problemática das custas e sua exigibilidade no processo penal

RAYMUNDO CANDIDO

GENERALIDADES

Reformulação da Máquina Judiciária

1 — O Estado, tendo o monopólio da prestação jurisdicional, está no dever de colocar os instrumentos de sua realização ao alcance de todos. Qualquer restrição ao seu pleno exercício importa em despertar o instinto de auto defesa, prejudicial à ordem jurídica e à paz social.

2 — Uma Organização Judiciária sistematizada sob os influxos de técnica moderna, conjugada com uma legislação processual imune de preconceitos de ordem doutrinária, possibilitando à realização de justiça rápida e menos dispendiosa, é o ideal almejado em qualquer estágio de civilização.

3 — Não foi outra a meta que se procurou atingir, com a unificação do Direito Judiciário nacional. Todavia, decorridas duas décadas de sua vigência, a prática há muito está a aconselhar completa reformulação do Direito Judiciário brasileiro, como instrumento eficiente de realização da Justiça, em país sob permanente crise estrutural, caudal consecutória da que atormenta a vida brasileira.

4 — É certo que no âmbito do Direito Judiciário Civil houve algum progresso, comparado com a anárquica legislação processual pretérita. Mas o ideal de justiça rápida e econômica permanece inatingido.

Em época inflacionária, de depressão e de crise moral e econômica, mas também de grandes progressos da ciência e da técnica, de encurtamento das distâncias, pelos moderníssimos meios de transporte e de comunicação e divulgação do pensamento, não se compreende, nem se aceita sem protestos, uma reestruturação retrógrada da máquina judiciária, modelada à inspiração de institutos centenários. Verdade que a insuficiência da legislação, tanto substantiva como instrumental, não se faz sentida só no Brasil.

Arthur T. Vanderbilt, em prefácio à sua obra "The challenge, to the law reform", vertida para o castelhano sob o título "La Justicia Emplazada a Reformarse", já advertia:

"Nestes tempos instáveis, em que todo bom cidadão deveria pensar como melhor preservar sua liberdade individual ante o fortalecimento dos governos, enquanto a solução dos problemas tais como a melhoria e a qualidade dos juizes, jurados e advogados, a eliminação do tecnicismo e surpresas nos juízos e o estabelecimento de uma eficiente organização administrativa na instituição judicial é de tal urgência que em geral a magistratura, o fôro, as escolas de direito não têm sabido apreciar, embora tal necessidade seja sentida em todo o mundo e principalmente entre os litigantes..."¹

Entre nós, porém, essas falhas e defeitos parecem institucionalizados. É freqüente a grita dos litigantes quanto ao encarecimento e ao retardamento das soluções judiciais. A Ordem dos Advogados vem, ultimamente, recebendo impressionantes queixas do desmantêlo da máquina judiciária, no que tange à organização de seus cartórios; no referente a juizes, cuja incapacidade de produção há muito os excluiu do quadro de honra da nobre função; no versante a advogados sem vocação para o "munus".

1. *La Justicia Emplazada a Reformarse* — Tradução de CARLOS ALBERTO BENITES e JAVIER CLAVELL, Borrás — Roque Depalma Editor — Buenos Aires, 1959, XVII.

O próprio Supremo Tribunal Federal, órgão máximo e de cúpula, convocou, por editais no "Diário da Justiça", as partes para se manifestarem, no prazo de noventa dias, sob pena de arquivamento, se ainda estavam interessadas no julgamento de agravos de instrumento que ali não foram solucionados *opportuno tempore*.

Dessa medida extrema e de certa forma chocante, pois o interesse no julgamento as partes o demonstraram, ao fazerem chegar seus recursos àquele Colégio Excelso, nos prazos e na forma da lei, tira-se a lição realista e expressa no reconhecimento da inutilidade das decisões tardas da Justiça.

NA JUSTIÇA REPRESSIVA

5 — Nesse setor, não se pode creditar nenhum progresso com o advento da nova legislação processual.

Recorram-se às estatísticas e ver-se-á que a prescrição continuou sendo o pano de fundo da cena da criminalidade, e o papel da Justiça, na maioria dos casos, consiste em descerrá-lo para expor o quadro de impunidades na galeria de determinadas infrações penais. Noutros, de prazo prescricional mais longo, quando a Justiça chega ao fim de sua tarefa, a decisão, as mais das vezes, provoca revolta e escândalo, pela inoportunidade da pena, em sua função preventiva e de readaptação social. Esses episódios não são incomuns; ao ponto de ferirem a sensibilidade do ilustre magistrado e a levarem a combatê-los através de interessante monografia sobre "A Justiça a Serviço do Crime", espelho de uma realidade, que de sátira só tem a advertência da mera coincidência do título.²

6 — A razão desse saldo negativo, depois de vinte anos de vigência do Código de Processo Penal, se deve ao seu antiquado arcabouço, fruto da mentalidade procedimentalista que predominava e ainda prevalece em alguns setores legislativos,

2. ARRUDA CAMPOS — *A Justiça a Serviço do Crime*, Edição Saraiva, S. Paulo — 2ª, 1960.

como se pode ver da última alteração do art. 600, pela Lei 4336, de 1º de junho, dêste, restabelecendo as razões escritas em segunda instância.

7 — Esse primeiro termo do binômio justiça rápida e barata, que constituiu tema obrigatório nas discussões sobre as excelências da nova legislação processual, deixou alguns saldos positivos na Justiça Civil e completamente negativos na Justiça Criminal.

DO BARATEAMENTO DA JUSTIÇA

8 — No que se refere a esse termo do binômio “maior rendimento com o menor dispêndio”, o encarecimento da Justiça é hoje problema alarmante e de reflexos sociais incalculáveis. Não se pode, porém, dissociá-lo do processo inflacionário que devora o país, uma vez que predomina entre nós o arcaico sistema de remuneração do pessoal judiciário por meio de custas e “meias” custas processuais. A situação, nesse ângulo, é paradoxal. Alteram-se os Regimentos de Custas. Encarece-se a Justiça, tornando-a inacessível aos menos afortunados... Entretanto, os funcionários e servidores da justiça, feita exceção de algumas comarcas de maior movimento, vivem das “honras do cargo”; sua remuneração não atinge o salário mínimo mensal.

Temos que evoluir para a completa oficialização da justiça, único meio de melhorar a situação de seus servidores e de tornar a justiça a todos acessível.

9 — Quando, no Capítulo dos direitos e garantias individuais a Constituição firmou o princípio de se não poder afastar da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão de direito individual (art. 141, § 4º) aí também se fez o convite ao legislador ordinário para organizá-la em termos de completa democratização. Nesse aspecto, o § 35 do mesmo artigo é como um complemento do citado § 4º, ao estabelecer que “o poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência aos necessitados”. Assim, se a Constituição não repele a remuneração aos serviços judiciários, contudo deseja que a falta de recursos não

seja empecilho ao seu uso pelos desafortunados. Dir-se-á que o benefício de assistência judiciária espancou êsses receios, socializando a justiça e colocando seus serviços ao alcance de todos. Todavia, quem milita no *Fôro* sabe que o carro da Justiça carregando a pobreza em alegre triunfo, comboiado pelo instituto da gratuidade da Justiça não passa de alegoria, mera criação do artista de engenho, que, traduzindo o ideal pela realidade, pôs à mostra seu talento interpretativo na ilustração de capa de livro que versou o assunto.³ Quem quiser ter uma prova disto, faça uma vista à Vara de Assistência Judiciária, na Capital, e convencer-se-á que o legislador deve ter sido inspirado pela arte de "Demo", quando concebeu a idéia de unificar êsses serviços em Vara única e privativa, pois só a "êle" interessava manter clima de irritação permanente, como alimento aos eternos conflitos entre a Justiça e a Liberdade.

10 — O ideal a atingir-se será o da completa gratuidade da justiça, onde se deveria eliminar a distinção entre ricos e pobres. Não se ignora que o conceito de pobreza, para fins judiciais, é elástico; e, não se confundindo com a pobreza mendicante, abrange a grande área da população. Mas, ainda por princípio de ética, não deveria haver remuneração direta da parte, pelos serviços da Justiça. Desde que o Estado chamou a si o monopólio da prestação jurisdicional, deveria arranjar meios indiretos, através dos impostos gerais, para mantê-la, sem a presença direta da parte, com sua contribuição através de taxas e emolumentos. A Justiça é o poder instituído para dirimir os conflitos intersubjetivos de interesses e para a manutenção da paz e da ordem. Se ela não se move sem a provocação da parte, isto se dá por motivos de todos sabido. Ê no interesse da maior garantia dos cidadãos e em benefício de imparcialidade genuína que o órgão jurisdicional competente se mantém inerte em face dos conflitos, dêles só tomando conhecimento quando provocado. Porém, em tese, nada impediria a defesa de interesses em Juízo sòmente através de órgãos instituídos para

3. *La Justicia e los pobres...*

êsse fim. Aliás, isso já acontece em termos restritos. Nos casos de revelia, por citação ficta, outra não é a função da Curadoria à lide. Quando a parte ingressa em Juízo sob o manto da gratuidade, o faz através de um órgão: o assistente, nomeado pelo juiz. O assistente não é, *necessariamente*, procurador do assistido, mas *órgão judiciário* encarregado de sua defesa. Por isso, para os atos que não envolvam transação, independe de procuração do assistido (C. P. C., art. 106, § 2º). O cargo é de aceitação compulsória, não podendo ser recusado pelo advogado nomeado, salvo justo motivo, *a critério do juiz* (art. 14, da Lei 1.060, de 1950). Evidentemente, embora ninguém deseje tamanho intervencionismo do Estado, conquanto sua intervenção seja evidente nas questões de interêsse privado, mas de ordem pública e no setor da chamada *jurisdição voluntária*. Entretanto, o que se pretende afirmar é que o fato de a parte provocar a proteção jurisdicional, não conduz a uma organização da justiça como simples serviço de utilidade pública, remunerado diretamente através de taxas e emolumentos.

O tema não é nôvo. Sempre se profligou o sistema de remuneração direta das custas processuais; que razões o mantêm ainda em pauta?

CONCEITO, FUNDAMENTO E NATUREZA DAS CUSTAS PROCESSUAIS

a) *Conceito*

11 — Entende-se por custas tôdas as despesas feitas com e para o processo. Seu conceito deve abranger as chamadas custas judiciais e extrajudiciais.

Na tradição de nosso direito judiciário, sempre se fêz distinção entre custas judiciais e extra-judiciais. PEREIRA E SOUSA sustentava que "*as despesas diferem das custas como o gênero da espécie*". Essa concepção continua dominando na doutrina e nos julgados dos tribunais. Apesar de o regulamento das custas vir no Título VII, do Livro 1º, sob a rubrica "Das Despesas Judiciais", não se alargaram os horizontes interpretativos, que continuaram limitados pela tradição: "*Custas são*

as despesas relativas à expedição do processo".⁴ O Prof. LOPES DA COSTA, porém, viu o assunto realisticamente e, se não deu uma definição das custas, forneceu os elementos para ampla conceituação das mesmas: "*Custas não são apenas as despesas feitas no processo, mas também as que necessariamente se fizerem para o processo*".⁵ E assim se deve entender. Em face dos princípios informativos do processo moderno, organizado à base de cooperação e não de luta entre as partes, é relativamente válida a distinção qualificativa dos atos em judiciais e extra-judiciais se êstes forem realizados ou praticados em função do Juízo. O Poder Judiciário realiza seus fins servindo-se de uma máquina complexa, composta de muitos órgãos: uns direta e imediatamente a ela ligados, outros mediadamente. Mas quando todo êsse mecanismo fôr acionado para os fins da Justiça, estaremos em face de uma ORDEM JUDICIÁRIA, organismo complexo e composto de entes a ela diretamente ligados e obrigados por leis e regulamentos; e outros, pelo dever de colaboração, imposta pela norma objetiva, UTI CIVIS. Os órgãos de prova, examinados à luz do processo penal, dão uma idéia do exposto. A testemunha, no processo penal, não se desvincula dêste, à circunstância de haver prestado sua colaboração, pois que está obrigada a comunicar ao juiz qualquer mudança de residência, dentro de um ano, sujeitando-se, pela simples omissão, às penas do não comparecimento; isto é: comparecimento compulsório, se houver necessidade de sua presença; prisão até 15 dias, sem prejuízo de processo por crime de desobediência; pagamento das custas da diligência (C. P. P., arts. 224, 218 e 219 combinados). Portanto, vinculados à Ordem Judiciária, enquanto uma sentença definitiva não puser têrmo ao processo, como considerarem as diligências para o comparecimento da testemunha; a indenização a que faz jus; as despesas feitas para êsse fim, como extra-judiciais, se tudo

4. PEDRO BATISTA MARTINS — Comentário ao Código de Processo Civil, Ed. Revista Forense, vol. 1º, pág. 207.

5. *Direito Processual Civil Brasileiro* — Forense, Rio, Vol. II, pág. 296.

é ordenado, realizado em função e para os fins do processo, sob as sanções legais?

Êsses atos, do ponto de vista de sua localização, podem ser conceituados como EXTRA-PROCESSUAIS, mas nunca como EXTRA-JUDICIAIS. A qualificação terá de ser feita “sob o ponto de vista da *causa final*”, como ensina LOPES DA COSTA.⁶

12 — Nada conduz à conclusão de que dentro da rubrica “Das Despesas Judiciais”, o Código haja contemplado apenas àquelas feitas com e não para o processo. As despesas judiciais não são somente aquelas taxadas nos Regimentos de Custas; há despesas incontrolláveis por essa fixação. E se as custas em estrito sentido são o gênero da espécie despesas, o Código não restringiu a obrigação de reembolso, ao vencedor, tão só daquelas. Diz o artigo 59: “A parte vencedora terá direito ao reembolso das despesas do processo”. É verdade que o Código às vezes usa dos vocábulos “despesas” e “custas”, para situações cuja semelhança nos leva a identificá-las como sinônimas. Examinem-se as situações previstas no art. 63 e seus parágrafos. A conduta temerária da parte vencida, no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, não difere da parte vencedora, prevista no *caput* do artigo e no § 1º. Entretanto, para a primeira o Código fala em reembolso das “custas”, e para a segunda, em reembolso das “despesas”. Mas se a palavra *despesas* não é sinônima de custas, elas têm um termo de equivalência no lançamento do “conta-corrente” da parte, pois representam gastos a se debitarem na coluna do “débito”, para ulterior subtração do respectivo haver.

13 — A Justiça equitativa manda que a parte vencedora seja reembolsada dos gastos com a demanda. Quais seriam êsses gastos? São tôdas as despesas feitas com e para o processo e cuja exigibilidade se originar de uma sanção processual. Ora, o Código não inscreveu em suas sanções somente as custas pela realização de atos estritamente processuais: a) a teste-

6. Obra e local citados.

munha responde pelas despesas e prejuízos causados, além de multa e pena de prisão até cinco (5) dias, na hipótese do art. 243, do C. P. C.; b) tem direito de reclamar da parte o pagamento das despesas feitas com o comparecimento, inclusive o salário que perder, por ter de comparecer em Juízo (art. 249); c) a parte vencida ou vencedora arca com os honorários advocatícios, na ocorrência do disposto nos artigos 63 e 64. É lícito, por conseguinte, pretender mais ampla conceituação das custas; dar maior amplitude ao seu conceito, em face das normas supra apontadas, pois nelas se abrangem tôdas as despesas feitas em razão e em função do processo. Representam uma massa unitária, gastos, dispêndios que a parte vencida fica obrigada a reembolsar. O artigo 59 do C. P. C. não emprega, sem razão, o verbo *reembolsar*. Aí não se empregou o verbo *pagar*, porque se o pagamento é a satisfação de um compromisso, de uma obrigação, o verbo *reembolsar* representa a reposição daquilo que se despendeu, para um determinado fim.

14 — Com êsses subsídios definimos as custas como tôdas as despesas feitas com a demanda e que se originam de uma sanção processual. Dentro dessa conceituação os honorários advocatícios, do perito e do agrimensor; as despesas de aposentadoria e transportes; a remuneração devida às testemunhas e ao pessoal de campo nos processos divisórios; bem como qualquer outra ligada diretamente à demanda são custas, para os fins do disposto no artigo 59 do C. P. C.

O problema é que há custas que são exigidas imediatamente, depois de realizado o ato; certas, como condição de interposição de recursos e outras ao término da demanda, na fase da execução. Mas, o momento de sua exigibilidade não entra em seu conceito, como inadvertidamente se tem admitido.

Essa conceituação das custas tem apoio em nosso direito positivo, na lição de LOPES DA COSTA, invocada, e encontra guarida no direito comparado. ADOLFO SCHONKE a define: "Costas procesales son los gastos que las partes realizan con ocasión y con la finalidad de impulsar el procedimiento antes de comen-

zar el juicio y durante él".⁷ Também COQUIBUS: "Las costas constituyen conjunto de gastos efectuados por las partes en ocasión de un juicio, y que comprenden los sellados, honorarios, desembolsos por diligencias, etc."⁸

b) *Fundamento e natureza jurídica*

15 — Três teorias tentam explicar a obrigação do reembolso das custas. A teoria do ressarcimento, a teoria da pena e a do sucumbimento.⁹

Quanto à primeira, partindo do princípio de que todos os gastos feitos pela parte para reintegrar-se na posse de um direito representaria um desfalque em seu patrimônio, essas despesas representam um dano, tomado êste como "... toda desvantaja que experimentamos en nuestros bienes juridicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición, etc.)".¹⁰ Assim, o reembolso das custas tem caráter indenizatório e a obrigação de seu ressarcimento, no Direito brasileiro, pode justificar-se no artigo 159 do Código Civil. É certo que há problemas jurídicos tão complexos, que até os doutos tergiversam em sua interpretação. Em muitos casos, difícil seria ver uma conduta culposa da parte vencida. Mas esta, assumindo os riscos da demanda responde por culpa objetiva. O pagamento tem o título de sua legitimação no direito da parte vencedora no completo ressarcimento das perdas e danos sofridos com a demanda.

16 — Em relação à segunda, a obrigação de reembolso dimana às vêzes da condenação ao pagamento das custas,

7. *Derecho Processual Civil*, Tradução espanhola, 5ª edição, Barcelona, 1950, pág. 398.

8. JUAN EMILIO COQUIBUS — *Teoria y Pratica del Derecho Procesal* — Buenos Aires, 1951, pág. 311.

9. RAFAEL GARCIA VALDÉS — *Derecho Procesal Criminal* — Reus, Madrid, 1944, 2ª ed., págs. 165/179.

JOSEPH CHIOVENDA — *La Condena en Costas* — Tradução de JUAN A. DE LA PUENTE Y QUIJANO — Madrid, 1938, págs. 209 a 233.

10. ENNCERUS-KIPP-WOLFF — *Tratado de Derecho Civil*, tradução espanhola, 1ª ed., Vol. I, tom. II, Rosch-Barcelona, 1944, pág. 61.

motivada em uma conduta processual. Nesse caso, tem ela caráter penal e a condenação pode abranger assim as partes, como a terceiros, que participem do processo, a qualquer título.

17 — A terceira teoria, a do sucumbimento, a obrigação do pagamento das custas resulta do simples fato de a parte ter sido vencida.

18 — Em nosso direito positivo, o C. P. C. adotou o princípio do sucumbimento como fonte legitimadora da obrigação ao pagamento das custas, embora, excepcionalmente são elas devidas como pena imposta à parte ou ao terceiro, quando sua conduta importar em dolo ou culpa processuais (§§ 1º, 2º e 3º, do art. 63 e art. 65).

NO PROCESSO PENAL

19 — O tratamento das custas no Processo Civil pode ser transportado para o Processo Penal, para os que entendem que o tema não é especificamente do processo civil, nem do processo penal, mas corresponde a uma parte da teoria geral do processo.¹¹ O assunto é tratado unitariamente para ambos os processos. Assim o vêem todos os tratadistas do processo penal, que invocam a matéria na teoria geral do processo.

No que tange à sua conceituação, não há dúvida que o conceito de custas é válido e uniforme para ambos os processos, desde que consideradas como gastos feitos com e para o processo, sem qualquer consideração para com seus caracteres diferenciais, desde que encarada em função da “causa final”, de sua realização.

Nesse aspeto, o processo penal é um dos mais onerosos para o Estado. Quando o inquérito policial chega à Justiça, representa êle às vezes gastos incalculáveis, com diligências dentro e fora da terra, exames laboratoriais, tempo perdido de testemunhas deslocadas de suas funções, para prestarem a sua

11. G. VALEÈS — *Derecho Procesal Criminal*, Reus, Madrid, 1944, pág. 165.

colaboração à autoridade policial, um esforço concentrado de atividades e dispêndios, ao fim de entregar ao Ministério Público os elementos necessários ao promovimento da ação penal. Daí em diante, outra série enorme de despesas, até a sentença final; tão enorme que chega a ser ridícula a taxaçoão regimental de alguns atos e têrmos do processo, pois que representam apenas o registro, a documentação de penosas e dispendiosíssimas atividades, que, por consideradas *metaprocessuais*, não estão incluídas na referida taxaçoão.

20 — Mas, o Estado não pode deixar de arcar com êsses ônus, pois tem o dever de tornar efetiva a sua pretensão punitiva, expressa na norma penal, em defesa da ordem jurídico-social. E, se não pode renunciar a seu magistério punitivo, deve repartir os ônus dêsse com os inculpados?

Se tôdas as despesas com um processo penal fôsem exigidas do réu, muitos dêles haveriam de permanecer indefinidamente nas prisões, pagando dívidas, se a conversibilidade em pena fôsse permitida. Por isso, tradicionalmente, apenas se exige do condenado o pagamento das custas feitas com o processo, embora em algumas legislaçoões devem êles pagar também as despesas com sua "hospedagem".¹²

Vê-se, assim, que o pagamento das custas, no processo penal, não tem caráter indenizatório, de ressarcimento das perdas e danos; nem ao Estado é lícito pretender ressarcir-se, a êsse título, dos gastos e despesas feitos com a reintegraçoão da ordem jurídica abalada pelo crime; consequência, muita vez, da falha de sua política preventiva. Não pode ter caráter penal, dada a natureza específica do processo penal, no qual não se procura definir uma "espécie", delimitada por um *thema decidendum*, mas um fato delituoso envolvendo um tema da vida, com implicaçoões na liberdade individual, para cuja defesa ao réu se permite todos os meios e expedientes. No regulamento das custas, no processo penal, não há qualquer agravaçoão no ônus da mesma, em atinência à conduta processual do réu.

12. Cód. Penal Italiano, art. 188.

Ou mais ampliativamente, na conduta processual das partes. O ônus das custas que se impõe no processo à autoridade, cujo ato arbitrário foi eliminado através de *habeas corpus*, tem sua motivação não em uma conduta processual, mas em uma atitude metaprocessual. Verifica-se como sanção complementar à tutela penal ao exercício do poder, além dos limites permitidos por lei. Daí responder a autoridade coatora, se a coação resultar de má fé, ou evidente abuso de poder, pelas custas, e por crime de responsabilidade (C. P..P. art. 653 e seu parágrafo único; C. Penal, art. 322). De outro lado, a condenação de terceiros em custas, no processo penal, tem sua justificativa no descumprimento do dever cívico de colaboração com as instituições, desde que essa colaboração seja exigida com base em uma norma legal, vez que ninguém pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (Constituição, art. 141, § 2º). Daí as sanções impostas à testemunha faltosa, que além de sujeita à prisão por crime de desobediência, deve arcar com as custas da diligência. (C. P. P., art. 219). Resta, portanto, uma análise desta sobre o princípio do sucumbimento.

21 — O pagamento das custas, SEGUNDUM EVENTUS LITIS, é ordenado por analogia com o que, a respeito, dispõe o C. P. Civil. O que determina o art. 805, do C. P. P. é que “as custas serão contadas e cobradas de acôrdo com os regulamentos expedidos pela União e pelos Estados”. Remete-se, portanto, o regulamento das custas para outros ordenamentos.

O princípio do sucumbimento apenas acomodaticamente serve de fundamento à obrigação do pagamento das custas. O assunto carece de análise mais profunda, tendo-se em vista à natureza da ação penal, pública, oficial e obrigatória, em correlação com o objeto do processo. O processo penal não se caracteriza por uma luta de partes. O Estado não pode deixar impune as infrações da lei penal. Mas não podendo aplicar a pena administrativamente, investe o órgão jurisdicional da ação penal através do Órgão da respectiva ação, o Ministério Público. Contudo, a pretensão punitiva do Estado não pode ser exercida em tripúdio das liberdades institucionais do indivíduo.

Por isso, funciona paralelamente o órgão da ação penal, e o órgão da defesa. Em garantia da liberdade individual, qualquer pessoa é parte legítima para impetrar *habeas corpus* (C. P. P., art. 654). Nenhum ato processual de coleta de provas pode ser praticado sem a presença de defensor do denunciado (C. P. P., art. 261). Nos julgamentos da competência do júri, o juiz deverá cassar a palavra ao defensor do réu, dissolver o Conselho e dar-lhe outro defensor, se o nomeado ou indicado não se mostrou à altura do *munus* (C. P. P., art. 497, inv).

22 — A Constituição Federal manda se assegure ao réu ampla defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela (art. 141, § 25). Também o C. P. P. dispõe que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor (art. 261). A defesa é considerada um MUNUS PÚBLICO, de aceitação obrigatória, quando a nomeação é feita pelo juiz. Portanto, a nomeação do defensor, seja pelo juiz, seja pela parte não é um mandato, no sentido civilístico da palavra, mas, na expressão de GUARNERI, “simples designação de pessoa que na lei e não na vontade da parte, encontra a fonte de seu poder e do exercício do mesmo no processo.¹³ O Processo Penal se desenvolve perante três órgãos que na lei e não na vontade das partes encontra a fonte de sua legitimação: o Juiz, o Ministério Público e a Defesa. O defensor, como órgão do processo, nomeado ou escolhido, não age em CONTEMPLATIO DOMINI, mas em função social de defesa do STATUS LIBERTATIS do imputado. E como o Ministério Público desempenha sua função em sentido objetivo de justiça, os pontos de vista da defesa e os da acusação podem coincidir, levando o Ministério Público a pedir, também, a absolvição do acusado. No processo civil, isto importaria na desistência do libelo inicial e no trancamento do processo. No processo penal, porém, o princípio da oficialidade da ação impede que o juiz, embora acordes acusação e defesa, encerre

13. In RAYMUNDO CÂNDIDO — *Da Representação no Processo Penal*, Belo Horizonte, 1955, pág. 181.

sua tarefa, pois terá de prosseguir no processo e poderá concluir pela condenação do acusado, contrariamente ao ponto de vista do Ministério Público.

22 — A ação penal se instaura por um dever indeclinável da ordem jurídica, em que sejam punidos seus malfeitores, desde que sua culpa seja apurada em processo regular e pela autoridade competente. Evita-se o processo a parte única e estabelece-se o contraditório, tudo em defesa da liberdade individual. Não há no processo penal o sentido de luta, evidente no processo civil. Nem limite à jurisdição do juiz, pela coincidência ou harmonia de pedidos, entre as partes, apenas inicialmente contrastantes. Inexistindo êsse sentido de luta, de conflito, apenas formalmente admitido, é evidente que a teoria do risco, ou a da condenação *SECUNDUM EVENCTUS LITIS*, esmaecem no processo penal. A teoria da sucumbência é inautêntica para justificar o pagamento das custas, no processo penal; seja em relação ao Estado, seja no concernente ao réu, pelos motivos e fundamentos aduzidos. Daí, a problemática de sua exigibilidade.

23 — Em remate, a teoria do ressarcimento, como a da pena, e também a do sucumbimento não são aptas para justificar a exigência do pagamento das custas, no processo penal. Deve-se renunciar o explicá-la como parte integrante da teoria geral. A teoria do ressarcimento não a explica, porque o direito ao ressarcimento encontra seu fundamento na teoria da culpa e se assenta em nosso direito positivo no art. 159 do C. Civil: “aquêlê que, por ação ou omissão, voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” A título de ressarcimento, nenhuma obrigação pode resultar do processo penal. A título de “reparação”, sim, mas como parte compositiva do *DAMNUM EX DELICTO*. Porém, nenhuma reparação pecuniária, resultante do delito é devida ao Estado. Êste só poderia ter direito à indenização com caráter reparatório se isso resultasse do próprio diploma penal; e não por uma virtualidade da sentença penal condenatória (C. Penal, art. 74). A teoria da pena, ou seja da

sanção decorrente de uma conduta processual não é aceitável, pelos motivos já expostos, e a do sucumbimento não pode ser dissociada da idéia da assunção de um risco. Ora, não podendo o Estado renunciar a seu magistério repressivo e tendo os órgãos da ação penal o dever de agir de ofício, a inevitabilidade é a nota característica do processo penal, porque se a Jurisdição Civil não é necessariamente indispensável para a composição dos litígios, que poderão ser solvidos por via de transação (C. Civil, art. 1025), a Jurisdição Penal é absolutamente obrigatória para apontar à sociedade o criminoso e permitir ao Estado pôr em evidência a ameaça da pena, prevista na respectiva norma.

24 — A oficialização geral da Justiça Penal surge, assim, como decorrência da própria oficialidade da ação penal pública; por isso mesmo, no processo penal, por crime de ação pública deve ser eliminada tôda e qualquer exigência de pagamento de custas. É que as despesas com o processo só podem justificarse como parte compositiva do DAMNUM EX DELICTO. A êsse título nem o Estado, nem seus funcionários têm direito de qualquer reparação. A única retribuição devida ao Estado, como complemento da condenação, consiste no pagamento do sêlo penitenciário que se destina, também, à realização das reformas penais do País.¹⁴

25 — Transferindo-se as observações para o âmbito do processo penal, verifica-se que a exigência do pagamento das custas, como condição de defesa do denunciado, não encontra qualquer apoio no Código de Processo Penal vigente.

Desde a vigência do atual Código, que se instalou no Fôro Criminal a praxe da exigência antecipada das custas, para tôda e qualquer diligência requerida em favor da defesa do réu. A tolerância dos juízes e a passividade dos defensores em relação a essa prática viciosa formou um costume que, afinal, se con-

14. Decreto nº 24.797, de 14 de julho de 1934, art. 1º, e Decreto 1.726, de 1º de nov. de 1939.

verteu em lei. De fato, na Tabela IX, nº 143, inc. 1, 2 e 3, do atual Regimento de Custas, isto está expresso.

Apoiava-se a exigência, antes do atual Regimento de Custas, no art. 806 do C. P. Penal. Mas, as normas contidas no CAPUT e demais parágrafos dêste artigo se referem aos crimes de ação privada, e não aos de ação pública.

Como já tivemos oportunidade de anotar, “o traço característico da ação privada, em nosso diploma processual penal, é o poder dispositivo da parte ofendida, não somente do conteúdo formal, mas até material do processo; tão exagerado que a ação penal privada muito se aproxima, em nosso direito, da ação civil”.¹⁵ Todo informado do princípio da preclusão, tão somente por isso, pode-se fazer vista grossa, sob o aspecto constitucional, em relação às disposições dos §§ 1º a 3º, se as sanções se destinarem ao autor, e delas resultar na perempção da ação penal; porque o direito de defesa é sagrado e custodiado pela Constituição, cujo raio de proteção abrange a qualquer tipo de processo, onde esteja em jôgo a liberdade individual. É um direito institucional do indivíduo, consagrado no artigo 141, § 25 da Constituição. Daí, se a constitucionalidade dêste artigo é duvidosa, mesmo no campo da ação penal privada, para o qual dispõe expressamente, como admitir a exigência nos crimes de ação pública, fora, inclusive, da abrangência do citado artigo? A praxe, o costume, ou a lei estadual poderia dilatar o campo de abrangência daquele artigo?

De modo algum. Em regime democrático, qualquer restrição ao direito de defesa é odioso.

26 — Para garantir a liberdade individual a Constituição estabeleceu uma rêde protetora de providências: o *habeas corpus* constitucional ou *ex officio*, em resguardo das garantias previstas nos §§ 20 e 21 (§ 22), todos do art. 141; o asseguramento de ampla defesa aos acusados, com os recursos essenciais a ela; a instrução criminal contraditória; juízo natural

15. RAYMUNDO CÂNDIDO — *Do Ingresso no Juízo Penal*, citado, pág. 45.

para o processo, vedado o privilégio de fôro, como os juízes e tribunais de exceção (§§ 25, 26 e 27). O instituto de defesa é informado de todos êsses princípios, de sorte que qualquer restrição ao exercício dêsse direito, custodiado pela Constituição, representa uma lesão à sua majestade. Se para a inobservância dessas normas protetoras da liberdade individual o recurso é o *habeas corpus*; se a lesão à majestade dêsse direito é permitida por uma lei ordinária, o remédio será declarar essa lei inconstitucional, negar-lhe aplicação. Subordinar o exercício do direito de defesa ao pagamento de custas importa diminuir as garantias institucionais do indivíduo, limitando-o, em flagrante desrespeito à Constituição.

27 — Ê inconstitucional a Lei estadual nº 1.233 de 10 de fevereiro de 1955 (Regimento de Custas), art. 23 e nº 143, incisos 3 e 4, da Tabela IX, na parte em que exigiu depósito antecipado de custas, como condição de o acusado poder usar de seu direito de defesa; bem como inconstitucional é o art. 345 e respectiva Nota, do Decreto Estadual nº 6.132, de 13 de janeiro de 1961, que fixa o valor da causa, para os crimes de ação privada. O legislador estadual não tem competência constitucional para estabelecer condições para o exercício da ação penal, mesmo privada. Na ação penal, pública ou privada, o que está em jôgo é a liberdade individual e o valor desta não se afere na balança de interêsses privados. A pena não deixa de ser pública, pelo fato de a ação ser privada. Nem tôda norma de processo civil pode ser transplantada, impunemente, para o processo penal. Nenhum impôsto de causa é devido para ingresso em o Juízo penal.

28 — No referente ao adiantamento das custas no processo penal, feita abstração de seu aspeto legal e constitucional, se o acusado fôr absolvido, os funcionários estarão na obrigação de resolver as custas que receberam por antecipação; porque, sendo remunerados pelos cofres do Estado, não têm direito a custas, quando o Estado decair da ação (art. 7º, da Lei 1.233). Tolerar-se-ia a caução, não fôra essa um despautério, pois,

se no processo civil a caução para as custas constitui exceção expressamente prevista, como exigi-la no processo penal?

29 — Esse tema está a exigir nova reformulação, e melhores estudos. Últimamente, vem sensibilizando a consciência jurídica dos que põem seu talento na defesa dos acusados. Também o Ministério Público não é infenso ao problema como se vê do excelente estudo do Dr. José Barcelos de Souza, lídimo representante do Ministério Público.¹⁶

O Instituto dos Advogados apresentou ao Egrégio Conselho Seccional da Ordem pedido de providências contra a exigência de depósitos de custas, como condição de defesa, em processo que tive a honra de relatar, como conselheiro. O assunto está em pauta, havendo o Supremo Tribunal Federal profligado a exigência como inconstitucional, como se vê do citado estudo. Cumpre, pois, aos magistrados, na sua terrível e espinhosa missão de entregar ao Estado o criminoso, impedir que o azinhavre da moeda, macule o pergaminho em que se inscreverá sua condenação.

16. J. B. DE SOUZA — *A Defesa na Polícia e em Juízo* — Editôra Bernardo Álvares, S.A. — Belo Horizonte, 1963, págs. 145 a 161.