

O recebimento da denúncia à luz do processo penal alemão



Luís Henrique Machado¹

I – Introdução

No Direito alemão, a fase de recebimento da denúncia é inquestionavelmente um momento decisivo no âmbito do processo penal, pois, se, de um lado, o Estado pode determinar o encerramento do processo ainda no estágio inicial da investigação, por outro, pode lançar suspeitas suficientes sobre o suposto ato perpetrado pelo denunciado ao admitir a abertura da instrução criminal.

Nessa esteira, esse balançar de olhos entre o interesse do denunciado em pôr termo ao processo investigativo e o Ministério Público visando a desvelar a ação supostamente praticada não deixa de ser uma questão sensível ao Estado-Juiz, de sorte que a análise não exauriente do acervo probatório ainda em fase de recebimento de denúncia – natural a este momento processual – desautoriza a formação do juízo de culpabilidade em prejuízo do acusado.

Isso posto, compete ao Estado, sopesando as duas faces da moeda, fixar os requisitos de admissibilidade referentes ao recebimento da denúncia. Todavia, conforme adverte a doutrina alemã, mister se faz não expor indevidamente o

¹ Pós-graduado pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; *English Legal Methods* pela Universidade de Cambridge, Inglaterra; *Grundkenntnisse im deutschen Recht, LL.M* e doutorando pela Universidade Humboldt de Berlim; Advogado sócio do escritório Machado Ramos & Von Glehn, Brasília-DF.

denunciado a um processo estéril – dispendioso para o Estado – em que já se sabe de antemão que a deflagração da ação penal não levará a um resultado útil.²

Registre-se, por oportuno, que deve-se considerar o constrangimento pessoal, profissional e social de quem é submetido ao gravame de se tornar réu em um processo criminal, de maneira que o simples recebimento da inicial acusatória pode causar danos irreparáveis na vida do investigado, por mais que, ao fim do processo, seja reconhecido o seu estado de inocência.

Pautadas por essas premissas iniciais, o presente estudo pretende esclarecer os principais aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais relativos ao recebimento da denúncia sob a luz do Direito alemão, analisando, essencialmente, entre outros pontos relevantes contidos no Código de Processo Penal (*StPO*), os “estágios do processo” (*Verfahrensstadien*) e os “graus de suspeitas” (*Verdachtsstufen*) que podem recair sobre o investigado, o que está atrelado à “densidade probatória” (*Beweiskraft*) exigida para a abertura da ação penal.

II – Fases do processo

Para compreender melhor o momento de recebimento de denúncia, mister se faz esclarecer, de antemão, as fases ou os estágios do processo penal alemão. A divisão inicial se dá em dois grandes grupos, a saber: o “processo de conhecimento ordinário” (*ordentliches Erkenntnisverfahren*) e o “processo de execução” (*Vollstreckungsverfahren*), sendo que este último não será objeto do presente estudo. Já o processo de conhecimento ordinário é subdividido em “Processo de Investigação, Processo Intermediário e Processo Principal” (*Ermittlungs-, Zwischen-, und Hauptverfahren*). Encerrada a instrução e proferida a sentença – sacramentando o término do *Processo Principal* – surge a possibilidade para as partes impugnarem a

² *Haller/Conzen: Das Strafverfahren*, 8ª ed. p. 171; *Kindhäuser/Schumann: Strafprozessrecht*, 5ª. ed, p. 39. *Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO*, 4ª ed., p. 1269 *Roxin; /Schünemann: Strafverfahrensrecht*, 27ª. ed. p. 333.

decisão final, ensejando, assim, a abertura do “processo jurídico-recursal” (*Rechtsmittelverfahren*).

Tecnicamente, utiliza-se a terminologia “acusado em sentido estrito” (*Beschuldigter im engeren Sinne*) enquanto perdurar o *Processo de Investigação*.³ O termo “denunciado” (*Angeschuldigter*) é destinado para a hipótese em que o Ministério Público ofereceu a inicial acusatória. Emprega-se a expressão “réu” (*Angeklagter*) quando aberto o *Processo Principal*, oportunidade em que ocorre a “audiência de instrução” (*Hauptverhandlung*).⁴ Por fim, a parte que vier a impugnar a sentença cunha-se a expressão “recorrente” (*Rechtsmittelkläger*) ou “reclamante” (*Beschwerdeführer*).

Após este singelo introito, necessário se faz explorar, além do *Processo Intermediário*, foco principal do presente estudo, as demais etapas para que se possa ter uma visão mais abrangente do processo penal alemão, permitindo, assim, uma melhor compreensão da fase de recebimento de denúncia, consoante será delineado abaixo.

1. Processo de Investigação

O *Processo de Investigação* encontra-se previsto no §158 ss. do *StPO*, de sorte que existem, como regra, duas formas de iniciá-lo: i) por “iniciativa de particulares” (*auf Veranlassung von Privatpersonen*); ii) “de ofício” (*von Amts wegen*).⁵ Sobreleva anotar que a maioria dos procedimentos investigativos na Alemanha são deflagrados por iniciativa de particulares, de modo que pode ser feito por meio do instituto da “notícia-crime” (*Strafanzeige* e *Strafantrag*)⁶, ambos

³ O termo *Beschuldigter* também é compreendido “em sentido amplo” (*im weiteren Sinne*) abrangendo não só a fase do *Processo de Investigação*, mas também dos *Processos Intermediário e Principal*. Ver *Kindhäuser/Schumann*: *Strafprozessrecht*, 5ª. ed, p. 61

⁴ Literalmente traduz-se *Hauptverhandlung* como *audiência principal*.

⁵ *Kindhäuser/Schumann*: *Strafprozessrecht*, 5ª. ed, p. 42 e 43. Veja também *Herger*, Martin: *Strafprozessrecht*, 1ª ed., p. 88 e 89; *Haller/Conzen*: *Das Strafverfahren*, 8ª ed. p. 56 ss.

⁶ *Strafanzeige* e *Strafantrag*, a rigor, são traduzidos como *denúncia/queixa-crime* ou *requerimento penal*. No entanto, para evitar confusão terminológica com os institutos adotados pelo direito brasileiro optou-se por substituir no texto ambas expressões por *notícia-crime*. De acordo com o §158 *Abs. 1 a Strafanzeige* é apresentada junto às autoridades nele designadas (polícia, Ministério Público ou o

previstos no §158, *Abs.* 1, 2, *StPO*. Segundo *Kindhäuser e Schumman*, os dois institutos são comunicações realizadas perante as autoridades persecutórias com o intuito de examinar a possibilidade de iniciar um processo investigativo com base nas suspeitas que lhes foram dirigidas apontando que foi cometida uma infração penal.⁷ Sublinhe-se que a obrigação de controle e de inspeção de tais comunicações é de encargo do Ministério Público, decorrente do “princípio da legalidade” (*Legalitätsprinzip*).⁸

O *Processo de Investigação*, como acima mencionado, pode também ser deflagrado de ofício, por ação dos órgãos responsáveis pela atividade persecutória. Conhecido como a “Senhor(a) do Processo de Investigação” (*Herr(in) des Ermittlungsverfahren*), o Ministério Público possui o “monopólio da acusação” (*Anklagemonopol*), de modo que é obrigado a: i) intervir em todos os casos de infrações rastreáveis; ii) investigar os fatos (com ou sem auxílio da polícia); iii) assegurar o recolhimento das provas suscetíveis de se perderem.⁹

O §160, *Abs.* 1, *StPO*, é categórico em prever que ao tomar conhecimento da suspeita de um crime por meio de uma notícia-crime ou por outro meio, o promotor deve investigar o fato e decidir se a ação penal pública deve ser intentada ou não. Necessário frisar que a polícia também possui legitimidade para iniciar o processo investigativo. O §163, *Abs.* 1, *S.1*, *StPO*, dispõe que as autoridades e agentes policiais devem investigar as infrações penais e tomar todas as providências que não permitam a procrastinação, a fim de evitar o perecimento da questão.

próprio “Tribunal da Comarca de 1ª instância” – *Amtsgericht*). Nele é relatado um fato supostamente relevante do ponto de vista criminal. Ela “não possui forma prescrita e nem prazo determinado” (*form- und fristlos*), de modo que em caso de uma comunicação oral deve ter o seu conteúdo documentado (§158, *Abs.*1, *StPO*). Já o *Strafantrag*, em contrapartida, a vítima de uma infração penal deve apresentar uma queixa-crime (§§77 ss. do Código Penal, *StGB*) exprimindo o desejo em instaurar o processo penal. O “pedido” (*Antrag*) deve ser apresentado aos órgãos de investigação (polícia ou Ministério Público) ou ao Judiciário (“Tribunal da Comarca de 1ª instância” (*Amtsgericht*) ou “Tribunal Distrital” (*Landgericht*) a depender do caso). Pode ser elaborado por escrito ou reduzido a termo (§158 *Abs.* 2, *StPO*). De acordo com o §77b *Abs.* 1-2 do *StGB* deve ser apresentado num prazo de 3 meses a contar da data em que o fato e o infrator são conhecidos. Ver *Schmitt* em *Meyer-Göfner: Strafprozessordnung*, 57ª ed., p. 793 ss..

⁷ *Kindhäuser/Schumann: Strafprozessrecht*, 5ª. ed, p. 42.

⁸ Ver §§152, 160, *StPO*.

⁹ *Kindhäuser/Schumann: Strafprozessrecht*, 5ª. ed, p. 52.

Instaurado o processo investigativo, segue o trâmite natural, ouvindo-se a vítima (quando possível), testemunhas, peritos e o acusado. A depender da natureza do delito, procede-se à vistoria do local do fato, à inspeção e ao recolhimento dos instrumentos utilizados para a prática do crime, bem como realiza-se a análise de documentos que guardam pertinência com o fato delituoso.¹⁰ No âmbito do *Processo de Investigação*, é possível ainda a decretação de “medidas invasivas” (*Zwangmaßnahmen*) pelo “Juiz da Investigação” (*Ermittlungsrichter*).¹¹ Entre outras, citem-se especialmente: a) a “prisão preventiva” (*Untersuchungshaft*); b) o “monitoramento da telecomunicação” (*Überwachung der Telekommunikation*); c) a “busca e apreensão” (*Beschlagnahme*); d) a “Análise de DNA” (*DNA-Analyse*).¹²

Sobre as garantias processuais, sublinhe-se que o arcabouço constitucional e legal alemão assegura ao acusado direitos essenciais ao Estado de Direito durante o curso do processo investigativo, podendo-se mencionar: a) o “direito ao silêncio” (*Schweigerecht*); b) o “direito de ser ouvido” (*Anspruch auf rechtliches Gehör*); c) o “direito ao juiz natural” (*Recht auf den gesetzlichen Richter*); d) o “direito à defesa criminal” (*Recht auf Strafverteidigung*); e) o “direito a [um] tradutor” (*Recht auf Dolmetscher*); f) o “direito à informação” (*Informationsrecht*);¹³ g) o “direito a requerer a prova” (*Anspruch auf Beweisantrag*); h) o “direito de presença” (*Anwesenheitsrecht*).¹⁴⁻¹⁵

Posto isso, logo que o Ministério Público obtenha o conhecimento da suspeita de uma infração penal por meio de uma notícia-crime ou de outro modo, deve investigar os fatos referentes ao caso, a fim de decidir se apresentará ou não a denúncia (§160, *Abs. 1, StPO*). Assim, após o promotor perscrutar o suposto fato delituoso, o *Processo de Investigação* encerra-se ou por meio da “propositura da ação

¹⁰ Heger: *Strafprozessrecht*, 1ª ed., p. 90.

¹¹ A figura correspondente no Brasil seria referente ao juiz de garantia.

¹² Beulke: *Strafprozessrecht*, 12ª ed., p. 211.

¹³ O investigado tem o direito de ser devidamente informado sobre o processo que responde. Exemplo: exigir acesso aos documentos que pesem contra a sua pessoa, desde que não prejudique a finalidade da investigação.

¹⁴ É assegurado ao acusado durante o *Processo de Investigação* o direito de presença durante a oitiva das testemunhas e peritos, bem como acompanhar o procedimento no momento da realização da busca e apreensão.

¹⁵ Haller/Conzen: *Das Strafverfahren*, 8ª ed. p. 68 ss.; Ver também *Kindhäuser/Schumann: Strafprozessrecht*, 5ª. ed, p. 64,65,66; Heger: *Strafprozessrecht*, 1ª ed., p. 90 e 91.

penal pública” (*Erhebung der öffentlichen Klage*) ou pelo “arquivamento” (*Einstellung*).¹⁶ Assim, o *StPO* dispõe, no §170, *Abs.* 1, que, se a investigação fornecer motivos suficientes para intentar a ação penal pública, o promotor deverá oferecê-la, submetendo seus termos ao tribunal competente. Caso contrário, o §170, *Abs.* 2, *StPO* determina que o caso deverá ser arquivado.

Roxin e Schünemann enumeram as hipóteses em que o processo investigativo será arquivado, de modo que pode ocorrer por razões *processuais* (“impedimento ao processo”, *Verfahrenshindernis*)¹⁷, *materiais* (quando o fato, por si, não é punível, como a “receptação substitutiva”, *Ersatzhehlerei*¹⁸), *fáticas* (em que a inocência do acusado é evidenciada ou que o ato não pode ser provado), ou em virtude do *princípio da oportunidade* (como a hipótese prevista no §153, *StPO*, em que o Ministério Público pode, desde que haja consentimento do tribunal responsável pela instauração da instrução criminal, abster-se de abrir um processo contra o autor da infração se a sua culpa for considerada diminuta e se não houver “interesse público” (*öffentliches Interesse*)¹⁹ na deflagração da ação penal.²⁰

¹⁶ Ver *Beulke: Strafprozessrecht*, 12ª ed., p. 212-213; *Heger: Strafprozessrecht*, 1ª ed., p. 93.

¹⁷ O Direito Processual Penal alemão conhece uma multiplicidade de *impedimentos processuais*, denominados de *Verfahrenshindernis* ou *Prozeßhindernis*. Estes *impedimentos* significam que não pode ser tomada uma decisão sobre o mérito do caso, de modo que deve ser reconhecido *ex officio* em todas as fases do processo. Alguns exemplos de *impedimentos* são a “prescrição” (*Verjährung*), a “irresponsabilidade penal” (*Strafmündigkeit*) e a “imunidade” (*Immunität*). O feito será extinto consoante o momento em que tal impedimento processual ocorrer, a saber: (i) em Processo de Investigação (*Ermittlungsverfahren*): arquivamento de acordo com o §170 *Abs.* 2, *StPO*; (ii) em “Processo Intermediário” (*Zwischenverfahren*): rejeição da abertura do “Processo Principal” (*Hauptverfahren*), por decisão judicial, nos termos do §204 *StPO*; (iii) em “Processo Principal” (*Hauptverfahren*): arquivamento por decisão judicial, conforme o §206a *StPO*; (iv) em audiência de instrução” (*Hauptverhandlung*): arquivamento do processo por meio de sentença, em conformidade com o §260 *Abs.* 3, *StPO*, a menos que o réu seja declarado inocente, caso em que é proferida a sentença absolutória.

¹⁸ *Ersatzhehlerei* é um termo jurídico de difícil tradução que significa não existir qualquer identidade física entre o objeto da alegada vedação e o objeto obtido a partir da infração principal. Assim, para uma punição pela recepção de bens roubados ou furtados nos termos do §259 do Código Penal (*StGB*) é condição prévia que o objeto em questão tenha sido obtido por uma infração principal contra a propriedade de uma outra pessoa. É questionável, portanto, se esta ligação se mantém, mesmo quando seja entregue um objeto em substituição. Exemplo: *A* rouba um automóvel da garagem de *B*. Depois, *A* vende o veículo e repassa o dinheiro para *C*, o qual tem ciência de toda a ação delituosa. Surge, então, o questionamento se *C* cometeu o crime de receptação de acordo com o §259 *StGB*. A resposta é negativa, porquanto o objeto receptado deve ser fisicamente idêntico ao bem obtido por meio da infração principal (Ver *Fischer: Strafgesetzbuch*, 60ª ed., p. 1808.).

¹⁹ Na corrente hipótese, o *interesse público* pode surgir a partir de um baixo grau de culpa, em especial, por razões de prevenção geral ou especial ou por consequências extraordinárias do próprio fato (*BGHSt* 10, 259). Do mesmo modo, o *interesse público* pode emergir para prevenir novos danos à pessoa lesada ou em circunstâncias devidas à posição da pessoa atingida na vida pública (*Schmitt em Meyer-*

Por derradeiro, relevante frisar que a decisão de arquivamento, no âmbito do *Processo de Investigação*, tomada pelo promotor “não faz coisa julgada” (*keine Rechtskraft*), seja por razões *processuais, materiais ou fáticas* e, em parte das vezes, com base no *princípio da oportunidade* (§153, *StPO*), de modo que ele pode reabrir o processo a qualquer momento não sendo necessário surgirem novos fatos incriminatórios para realizar tal procedimento.²¹

2. Processo Intermediário

O *Processo Intermediário*, previsto nos §§199 ss., *StPO*, é o momento a ser considerado como o divisor de águas, pois é nesta fase em que ocorre o oferecimento da denúncia endereçada ao tribunal competente. Portanto, do ponto de vista técnico, o *Processo Intermediário* é definido como a parte do procedimento entre a propositura da ação penal pelo Ministério Público, nos termos do §170, *Abs. 1*, *StPO*, e a decisão de recebimento da denúncia determinando a abertura do “Processo Principal” (*Hauptverfahren*), ou seja, da instrução criminal.²²

Nessa quadra, o objetivo regulamentar previsto no §199, *Abs. 1*, *StPO*, é no sentido de que a realização da instrução criminal dependa juridicamente não só da existência de uma denúncia válida, mas também da ordem subsequente de uma decisão de recebimento da denúncia pelo órgão judicial (§§203, 207, *StPO*), de sorte que tal procedimento confirma mais uma vez o princípio do *check and balances* inerente ao Estado de Direito, o qual permeia o processo penal.²³

Portanto, o *Processo Intermediário* permite, em substância, um primeiro “controle de plausibilidade” (*Plausibilitätskontrolle*) pelo tribunal, como, por

Goßner: Strafprozessordnung, 57ª ed., p. 741). O *interesse público* pode esmaecer em virtude do lapso temporal entre o crime e a sua descoberta (*BGH NSTZ 97, 543*). Igualmente, se já tiverem sido impostas sanções disciplinares pode acarretar na eliminação do *interesse público* para fins de propositura da ação penal. *Schnabl* em *Satzger/Schluckebier/Widmaier*: StPO, 4ª ed., p. 1129.

²⁰ *Roxin/Schünemann*: Strafverfahrensrecht, 27ª. ed. p. 323.

²¹ *Roxin/Schünemann*: Strafverfahrensrecht, 27ª. ed. p. 323.

²² *Heger*: Strafprozessrecht, 1ª ed., p. 115-116.

²³ *Schneider*: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1203.

exemplo, a prerrogativa de inadmitir a denúncia por motivos políticos.²⁴ Nesse sentido, conforme colocado pela doutrina, o *Processo Intermediário* possui uma “função de filtro” (*Filterfunktion*), sobretudo, porque não se deve sobrecarregar nem o denunciado e nem o Estado com a abertura de uma instrução criminal supérflua.²⁵

Tendo em vista que esta fase é o ponto nevrálgico do presente estudo, resguarda-se, portanto, para o momento oportuno a análise de questões essenciais, dentre outras, tais como o “conteúdo da denúncia” (*Inhalt der Anklageschrift*), a “discussão do estado do processo com as partes” (*Erörterung des Verfahrensstands mit den Verfahrensbeteiligten*), a “decisão de não abertura” (*Nichteröffnungsbeschluss*), a “decisão de abertura” (*Eröffnungsbeschluss*) e o “recurso contra a decisão de abertura ou de rejeição” (*Rechtsmittel gegen den Eröffnungs- oder Ablehnungsbeschluss*).

3. Processo Principal

Vencida a fase do *Processo Intermediário* inaugura-se o *Processo Principal*, previsto no §212 ss., *StPO*, de modo que se abre a instrução criminal, alterando, assim, o status processual de denunciado para réu. O *Processo Principal* divide-se em duas etapas: a primeira é a fase de “preparação da audiência principal” (*Vorbereitung der Hauptverhandlung* – §§212-225a, *StPO*) e a segunda denomina-se de “execução da audiência principal” (*Durchführung der Hauptverhandlung* – §§226-275, *StPO*).

A etapa de preparação é caracterizada inicialmente pela “marcação de data [da audiência]” (*Terminansetzung*), prevista nos §§213 e 217 do *StPO*. Entre a citação e a audiência, deve decorrer um lapso temporal de pelo menos uma semana, de modo que este prazo é denominado pela lei e pela doutrina como “prazo de

²⁴ Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: *StPO*, 4ª ed., p. 1269.

²⁵ Kindhäuser/Schumann: *Strafprozessrecht*, 5ª. ed, p. 64; Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: *StPO*, 4ª ed., p. 1269. Roxin/Schünemann utilizam a expressão “função de controle negativo”, a saber: “Die hauptsächliche Bedeutung des Zwischenverfahrens liegt in seiner negativen Kontrollfunktion.” – “O principal significado do *Processo Intermediário* encontra-se na sua função de controle negativo”. Ver em Roxin/Schünemann: *Strafverfahrensrecht*, 27ª. ed. p. 333.

citação” (*Ladungsfrist*).²⁶ De acordo com o § 217 *StPO*, se o prazo não for observado, o réu pode exigir a suspensão da audiência ou abrir mão do próprio prazo, se lhe convier.

No que tange às citações para a audiência de instrução, além do réu, elas devem ser endereçadas ao(s) advogado(s), à(s) testemunha(s) e ao(s) perito(s). Após a citação, adentra-se no momento de “provimento de provas” (*Herbeischaffung der Beweismittel*), em que o promotor é responsável por trazer os elementos probatórios (§214, *Abs. 4, StPO*). Por outro lado, o réu deve apresentar o requerimento de provas perante o tribunal e, caso seja deferido, deve ser comunicado ao Ministério Público (§219, *Abs. 1 e 2, StPO*). Lembrando que o próprio magistrado pode obter, de ofício, outros elementos de provas (§221, *StPO*).

Próximo passo – isso perante as audiências de primeira instância no “Tribunal Regional” (*Landgericht*) e no “Superior Tribunal Regional” (*Oberlandesgericht*) – é a “notificação da composição do tribunal” (*Mitteilung der Besetzung des Gerichts*) – previsto no §222a, *StPO* – e a “designação de testemunhas e de peritos” (*Namhaftmachung von Zeugen und Sachverständigen*), oportunidade em que o tribunal deve comunicar tempestivamente, ao Ministério Público e ao réu, os nomes das testemunhas e dos peritos citados, indicando o seu local de residência ou paradeiro, consoante dispõe o §222, *StPO*.

Ademais, nesta etapa preparatória, diante de certas circunstâncias, existe a possibilidade de produção antecipada de provas. O §223, *StPO*, estipula que o tribunal pode determinar que uma testemunha ou um perito seja interrogado por um juiz designado, se uma doença ou uma enfermidade ou outros obstáculos intransponíveis impedirem-no de comparecer à audiência por um período mais longo ou indeterminado.

Terminada a etapa de preparação, inicia-se a fase seguinte, em que se procede à “audiência de instrução” (*Hauptverhandlung*), de modo que é

²⁶ *Roxin/Schünemann: Strafverfahrensrecht*, 27ª. ed. p. 339.

tradicionalmente considerada como “o cerne do processo penal” (*das Kernstück des Strafprozesses*).²⁷ Após os *Processos de Investigação e Intermediário*, é justamente durante a audiência de instrução que os fatos do caso são finalmente esclarecidos e estabelecidos de uma forma que, de acordo com a experiência comum, oferece uma garantia maior para a investigação da verdade, além de, ao mesmo tempo, assegurar da melhor forma possível a defesa do réu, ensejando, assim, um julgamento justo.²⁸

Embora as fases anteriores – *Processos de Investigação e Intermediário* – tenham a finalidade de colheita de evidências e de esclarecimentos preliminares, a audiência de instrução constitui o único fundamento para a tomada da decisão (*alleinige Grundlage der Entscheidungsfindung*).²⁹ Logo, o veredito só pode ser obtido a partir do “epítome da audiência de instrução” (*Inbegriff der Hauptverhandlung*)³⁰. Disso resulta que todas as provas devem ser novamente colhidas durante o seu curso, de acordo com os princípios da “oralidade” (*Mündlichkeit*), do “caráter imediato” (*Unmittelbarkeit*),³¹ bem como com fulcro nas regras da “prova estrita”

²⁷ Meyer-Goßner: Strafprozessordnung, 57ª ed., p. 961.

²⁸ Meyer-Goßner: Strafprozessordnung, 57ª ed., p. 961.

²⁹ Kindhäuser/Schumann: Strafprozessrecht, 5ª. ed., p. 39.

³⁰ O termo *Inbegriff der Hauptverhandlung* encontra-se previsto no §261 do *StPO*, o qual dispõe: *o tribunal decide sobre o resultado da obtenção de provas, com base no livre convencimento, extraído do epítome da audiência de instrução*. Desse modo, pode ser utilizado como meio de convencimento tudo o que seja relevante no bojo da audiência de instrução desde o chamamento ao feito, perpassando pelas alegações finais até a concessão da última palavra ao réu. (*BVerfG DAR 92, 253 [N]; BGH 11, 74*).

³¹ O princípio da “imediatez” (*Unmittelbarkeit*) encontra-se codificado nos §§§244, 250 e 261 do *StPO*. A exigência de imediatismo existe tanto no plano formal como no material. O imediatismo formal estipula que o próprio tribunal colhe as provas necessárias e obtém assim uma impressão “imediatez” das mesmas, ou seja, a obtenção de provas não deve ser efetuada por terceiros, como um “juiz requerido/designado” (*ersuchter Richter*). O juiz requerido/designado é aquele que, para efeitos de obtenção de provas, foi encarregado por outro tribunal para realizar um determinado procedimento probatório, geralmente, o interrogatório de uma testemunha. A possibilidade de designar um juiz desta forma foi criada por razões de economia processual, com o intuito de evitar, por exemplo, que a testemunha se desloque para um tribunal distante. Portanto, do ponto de vista formal, impõe-se que, em princípio, as evidências devem ser colhidas pelo próprio juiz do tribunal competente para o julgamento do feito e não pelo magistrado requerido/designado. No entanto, o próprio *StPO* autoriza, excepcionalmente, a designação de magistrado, consoante dispõe o §223, a saber: *Abs. 1 - O tribunal pode ordenar que uma testemunha ou um perito seja interrogado por um juiz designado ou requerido se uma doença ou um enfermidade ou outros obstáculos intransponíveis o impedirem de comparecer na audiência de instrução por um período mais longo ou indeterminado; Abs. 2 - A mesma regra é aplicável quando não for razoável esperar que uma testemunha ou um perito compareça devido à grande distância [de deslocamento] em causa*. Já sob a ótica material, de acordo com o princípio da imediatez, as provas disponíveis não podem ser trocadas pelos chamados “substitutos de prova” (*Beweissurrogate*). Os *substitutos de prova* são elementos de prova cujo objeto é apenas o resultado de outro elemento de prova. *Kindhäuser/Schumann* fornecem o seguinte exemplo: *A*, pouco antes de falecer, contou a *B* como viu o tiro fatal de *T* em *O*. *B* é intimado para o julgamento contra *T* como

(*Strengbeweis*)³² e sob os olhos do “controle público” (*Kontrolle der Öffentlichkeit*).³³ Isto é, de acordo com o §169 *GVG*, a audiência e a prolação da sentença devem ocorrer às portas abertas.

O princípio ao “direito de ser ouvido” (*Anspruch auf rechtliches Gehör*) não se apresenta em qualquer outra etapa tão abrangente quanto na audiência de instrução (por exemplo: direito a interrogar as testemunhas, os peritos, de prestar depoimentos, o direito a última palavra, etc). Portanto, a audiência de instrução propicia ao réu e ao seu advogado verdadeiras oportunidades na luta por uma decisão de absolvição ou, embora condenatória, mais branda.³⁴

Proferida a sentença condenatória, é possível impugná-la, de modo que, se nenhuma das partes recorrer sobrevém o trânsito em julgado, oportunidade em que se encerra o “processo de conhecimento” (*Erkenntnisverfahren*). A questão pode-se ser, todavia, reaberta desde que observados os requisitos da “revisão criminal”³⁵ (*Wiederaufnahme des Verfahrens*), prevista no §359 ss., do *StPO*. Havendo impugnação, inaugura-se a fase de “processo jurídico-recursal” (*Rechtsmittelverfahren*), em que se abre a possibilidade de interposição de recurso de “apelação” (*Berufung*) ou de “Revisão” (*Revision*), §§312 ss. e 333 ss., *StPO*, respectivamente.

testemunha. Veja que somente *A* viu pessoalmente o tiro proferido por *T*. No entanto, *B* não poderá prestar testemunho sobre o disparo em si. Será permitido, sim, testemunhar o que o falecido *A* relatou a ele, valendo-se, assim, como um simples indicio de prova, mas não evidência em si. Registre que não há possibilidade de substituição da prova. Isto é, o testemunho prestado por *B* não tem o condão de substituir (com o mesmo valor probante) o testemunho ocular de *A*. Ver *Kindhäuser/Schumann*: Strafprozessrecht, 5ª. ed, p. 254 e 272.

³² No processo penal alemão existe uma dicotomia sobre a produção probatória que se divide em “prova estrita” (*Strengbeweis*) e “prova livre” (*Freibeweis*) ou “livre [produção] de prova”. A primeira, a lei prescreve uma formalidade estrita para a produção de provas a fim de determinar as circunstâncias relevantes para o percurso do crime, a culpa do infrator e o montante da pena, limitando-se às provas “testemunhais” (*Zeugen*, §48.), “periciais” (*Sachverständigen*, §72), “documentais” (*Urkunden*, §249) e “inspeccionais” (*Augenschein*, §86 ss., como, por exemplo, a identificação de cadáver previsto no §88), todos codificados no *StPO*. Ao contrário, o instituto da “prova livre” possui função residual, de modo que a apuração dos fatos pode ser efetuada por qualquer meio que o tribunal repute necessário e sem a necessidade de preencher os requisitos formais. Ver *Roxin/Schünemann*: Strafverfahrensrecht, 27ª. ed. p. 161-162.

³³ *Roxin/Schünemann*: Strafverfahrensrecht, 27ª. ed., p. 344.

³⁴ *Roxin/Schünemann*: Strafverfahrensrecht, 27ª. ed., p. 344.

³⁵ Para melhor compreensão, optou-se por uma tradução que guardasse correspondência com o instituto previsto na ordem processual penal brasileira.

III – Processo Intermediário

Após uma visão geral sobre o processo de conhecimento ordinário, indispensável, doravante, retomar o objeto do estudo analisando as regras e os limites legais referentes ao recebimento da denúncia no bojo do *Processo Intermediário*.

1. Competência

Como visto em tópico acima, o *StPO* dispõe que o *Processo Intermediário* é instaurado com o oferecimento da denúncia perante o tribunal competente. A audiência de admissão da denúncia ocorre a portas fechadas, de maneira que nela se decide se deflagra o *Processo Principal* ou se arquiva a acusação.³⁶ Portanto, para essa etapa, a atribuição é do tribunal que posteriormente também será o competente para o julgamento do *Processo Principal*, em caso de abertura (§199, *StPO*), exceto se incidir a hipótese prevista do §209 *StPO*.³⁷

Para uma melhor compreensão sobre a matéria relativa à competência penal, importantes breves esclarecimentos. Necessário consignar que o tribunal competente para o julgamento do *Processo Principal* depende, de modo geral, da importância do fato perpetrado pelo agente. Pode ser competente: a) “juiz singular/togado” (*Berufsrichter*), responsável por julgar crimes brandos e o “Tribunal de Leigos” (*Schöffengericht*), uma espécie de Tribunal do júri – instituição inexistente no Direito alemão. Ambos compõem o “Tribunal da Comarca de 1ª instância”

³⁶ Conferir: “Por fim, o tribunal decide em audiência fechada ao público se dá início ao *Processo Principal* ou se o arquiva”. (*Abschließend entscheidet das Gericht in nichtöffentlicher Sitzung, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder das Verfahren einzustellen ist*). Beulke: *Strafprozessrecht*, 12ª ed., p. 237.

³⁷ *StPO*, §209, Abs. 1: *Se o tribunal onde foi ofertada a denúncia considerar que foi estabelecida a competência de um tribunal de grau inferior de sua circunscrição, dar-se-á início ao Processo Principal perante este tribunal. Abs. 2 – Se o tribunal onde foi ofertada a denúncia considerar que é competente um tribunal de grau superior cuja jurisdição pertence, submeterá os autos [documentação], por meio do Ministério Público, à apreciação deste tribunal para proferir a decisão. Nas palavras de Schroeder/Verrel: “Todavia, em respeito à celeridade processual, o órgão judicial pode, em caso de não ser o competente, instaurar ele próprio um processo numa instância inferior e [após] ser remetido o processo para a instância superior para fins de decisão, em conformidade com o princípio “o superior prepondera sobre o inferior (“Der Ober sticht den Unter”). Schroeder/Verrel: *Strafprozessrecht*, 5ª ed., p. 119.*

(*Amtsgericht*); b) o “Tribunal Distrital” (*Landgericht*), o qual, dentre outras atribuições, julga o recurso de “apelação” (*Berufung*) proveniente do “Tribunal da Comarca de 1ª instância” (*Amtsgericht*); c) o “Superior Tribunal Regional” (*Oberlandesgericht*) que detém a competência, por exemplo, para julgar o recurso de “Revisão” (*Revision*) oriundo do “Tribunal Distrital” (*Landgericht*), bem como o recurso de “Revisão *per saltum*” (*Sprungrevision*) proveniente do “Tribunal da Comarca de 1ª instância” (*Amtsgericht*).³⁸

Por fim, mencionem-se, ainda, os dois tribunais de jurisdição nacional: o “Superior Tribunal Federal” (*Bundesgerichtshof*) e o “Tribunal Constitucional” (*Bundesverfassungsgericht*). O primeiro, como principal atribuição, aprecia e julga os recursos de “Revisão” (*Revision*), proferidos em sede de competência originária pelos Superiores Tribunais Regionais e Tribunais Distritais.³⁹⁻⁴⁰ Isto é, o Superior Tribunal Federal não analisa, em sede de recurso de revisão, matéria fática, somente de direito. O segundo, também pode analisar matéria penal no bojo de uma “Reclamação Constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*), desde que ocorra lesão à “direito fundamental” (*Grundrecht*) ou a ele equiparado, denominado de *Grundrechtsgleiche Rechte*.⁴¹

Em linhas gerais, a competência originária dos tribunais é distribuída da seguinte forma: no âmbito do “juiz singular/togado” (*Berufsrichter*), a pena privativa de liberdade não extrapola o máximo de dois anos.⁴² No entanto, a competência passa

³⁸ Conferir *StPO*, §§312, 333 e 355.

³⁹ *GVG*, §135, *Abs. 1*.

⁴⁰ Tanto os Tribunais Distritais, os Superiores Tribunais Regionais e o Superior Tribunal Federal são igualmente competentes para apreciar e julgarem as *Reclamações* (§§73, *Abs. 1*, 121 *Abs. 1 Nr. 2 e 3*, 135 *Abs. 2*, 139 *Abs. 2*, *GVG*).

⁴¹ Para fundamentar a “Reclamação Constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*), o reclamante deve necessariamente demonstrar a violação do “direito fundamental” (*Grundrecht*) ou um outro a ele equiparado (*Grundrechtsgleiche Rechte*), conforme determina o artigo 93, *Abs. 1, Nr. 4a*, previsto na “*Lei Fundamental*” (*Grundgesetz*). A diferença mais evidente entre ambos é no sentido de que enquanto os direitos fundamentais possuem um catálogo próprio no corpo na Lei Fundamental (Artigo 1º até 19), os equiparados constam fora dele, como, por exemplo: a) o “direito ao juiz natural” (*Recht auf den gesetzlichen Richter* – Artigo 101, *Abs. 1*); b) o “direito de ser ouvido” (*Anspruch auf rechtliches Gehör* – Artigo 103, *Abs. 1*); c) o “princípio da legalidade” (*Gesetzlichkeitsprinzip* – Artigo 103, *Abs. 1*); d) a “proibição da dupla punição pelo mesmo fato” (*Doppelbestrafungsverbot* – Artigo 103, *Abs. 3*); e) as “garantias constitucionais em caso de privação de liberdade” (*Verfassungsgarantien bei Freiheitsentziehung* – Artigo 104).

⁴² *GVG*, §25, *Nr. 2*.

a ser do “Tribunal de Leigos” (*Schöffengericht*) quando a pena varia de dois a quatro anos,⁴³ cuja composição é formada por um “juiz togado” (*Berufsrichter*) e dois “juizes leigos” (*Schöffen*).⁴⁴ Se a pena for superior a quatro anos, a primeira instância passará a ser a “Grande Câmara Criminal do Tribunal Distrital” (*Große Strafkammer am Landgericht*),⁴⁵ a qual é composta, via de regra, por três juizes togados e dois leigos.⁴⁶

Em casos de crimes graves, como, por exemplo, determinados “delitos de proteção [segurança] do Estado” (*Staatsschutzdelikte*), a competência originária é deslocada para o “Senado do Superior Tribunal Regional” (*Senat des Oberlandesgerichts*) cuja composição é, em princípio, de cinco juizes togados.⁴⁷ Essas são as regras básicas, havendo, contudo, outras determinações responsáveis por alterar a composição e a competência dos mencionados órgãos judiciais.⁴⁸

Posto isso, é de se averiguarem, doravante, os juizes competentes para a análise e admissão da denúncia. Sublinhe-se, de antemão, que os “juizes leigos” (*Laienrichtern*) não participam da decisão referente ao recebimento da exordial acusatória, tendo em vista que o procedimento ainda se encontra no bojo do *Processo Intermediário*, não inaugurada, ainda, a fase do *Processo Principal*.⁴⁹⁻⁵⁰ Assim, no âmbito do “Tribunal da Comarca de 1ª instância” (*Amtsgericht*), a decisão é tomada pelo juiz singular (togado). Já em sede de “Tribunal Distrital” (*Landgericht*) – Grande Câmara Criminal –, a decisão é tomada por três juizes togados.⁵¹ Por fim, perante o “Superior Tribunal Regional” (*Oberlandesgericht*), a competência para a admissão da denúncia é atribuída à totalidade da composição do órgão, denominado de “Senado” (*Senat*).⁵²⁻⁵³

⁴³ GVG, §28.

⁴⁴ GVG, §29, Abs. 1, S.1.

⁴⁵ GVG, §74, Abs. 1.

⁴⁶ GVG, §76, Abs. 1.

⁴⁷ GVG, §§120, Abs. 1, 122, Abs.1.

⁴⁸ *Kindhäuser/Schumann: Strafprozessrecht*, 5ª. ed, p. 161 ss.

⁴⁹ GVG, §§30, Abs. 2, 76, Abs. 1, S. 2.

⁵⁰ Ver *Beulke: Strafprozessrecht*, 12ª ed., p. 237.

⁵¹ GVG, §76, Abs. 1.

⁵² GVG, §122, Abs. 2.

⁵³ Ver *Roxin/Schünemann: Strafverfahrensrecht*, 27ª. ed. p. 335.

2. Denúncia

Ab initio, necessário esclarecer que o Direito processual penal alemão realiza a distinção entre a “ação penal privada” (*Privatklage*)⁵⁴ e a “ação penal pública” (*öffentliche Klage*). Posto isso, o Ministério Público é o responsável pelo ajuizamento da ação penal pública, subscrevendo, portanto, os termos da denúncia. Desse modo, o promotor deve necessariamente observar os termos previsto no §199, *Abs. 2, StPO*, de modo que a exordial acusatória deve conter o “pedido de abertura [do Processo Principal]” (*Eröffnungsantrag*) e a “documentação” (*Akten*) que a subsidia. Além disso, dentre outros pontos, merecem detida análise dois elementos importantes, consoante o §200, *StPO*: a “frase-núcleo” (*Anklagesatz*) e o “resultado substancial das investigações” (*wesentliches Ergebnis der Ermittlungen*).

a) Pedido de abertura do Processo Principal e a Documentação

O pedido do Ministério Público com o fim de deflagrar o *Processo Principal* deve constar na denúncia. O oferecimento da exordial e o pedido de abertura são atos juridicamente independentes do julgamento, mas estão factualmente ligados e inter-relacionados, ou seja, se o pedido de abertura não estiver consignado na denúncia, o tribunal não pode decidir sobre a instauração do *Processo Principal*, de modo que será necessário corrigir a impropriedade da peça acusatória incumbindo ao magistrado a devolução do auto de acusação ao Ministério Público com a sugestão de reparar a omissão.⁵⁵

No que tange a apresentação dos documentos ao tribunal, o órgão de investigação encontra-se, como regra, vinculado ao “princípio da exaustividade

⁵⁴ Em caso de crimes brandos (por exemplo: “injúria” – *Beleidigung*) a vítima pode utilizar-se do expediente da ação penal privada, sem que seja necessário recorrer previamente ao Ministério Público. Portanto, o promotor não é obrigado a tomar parte em ações penais privadas, até porque, normalmente, nem sequer tem conhecimento de uma ação penal privada em curso. Todavia, como regra, obtém conhecimento sobre o trâmite da demanda de caráter privado em duas hipóteses: a) a partir da prolação da sentença abrindo a possibilidade de interposição de recurso; b) na hipótese em que o tribunal lhe submete os autos por considerar que deva assumir a acusação. Importante consignar que o Ministério Público só assume o comando da ação penal privada – neste último caso – se fizer uma declaração expressa em qualquer fase do processo, antes do trânsito em julgado da sentença (§§374, 377, *Abs. 1 e 2, StPO*). Ver *Valerius* em *Graf: Strafprozessordnung*, 2ª. ed. p. 1860-1861.

⁵⁵ *Schneider: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1203.

documental” (*Grundsatz der Aktenvollständigkeit*).⁵⁶ Tal princípio exige que as autoridades responsáveis pela investigação façam constar todas as informações relevantes obtidas no curso das investigações. Em outras palavras, o Ministério Público está obrigado a apresentar toda a documentação no momento do oferecimento da denúncia para que o tribunal possa decidir sobre o seu recebimento com base no material em que se baseia a acusação e não apenas nas provas mencionadas na denúncia.⁵⁷

Assim, os documentos incluem todas as circunstâncias favoráveis e contrárias ao denunciado que vieram a lume no curso do *Processo de Investigação* e que se encontram relacionadas com o objeto do julgamento, ou seja, todos os fatos objetivamente relevantes para a aferição da culpabilidade, bem como para quaisquer consequências jurídicas.⁵⁸ Ademais, a polícia deve colocar à disposição do Ministério Público, sem reservas, todos os acontecimentos que tenham ocorrido durante o processo investigativo, de modo que não é permitida a conservação de documentos factuais individuais em “dossiês policiais” separados.⁵⁹

Todavia, existem exceções ao *princípio da exaustividade documental*, como, por exemplo, se forem afetados aspectos referentes à proteção de testemunhas (§68, *Abs. 3, StPO*).⁶⁰ Insta consignar, ainda, que o Ministério Público não está obrigado a apresentar documentos que, após a sua apreciação, não estejam claramente relacionados com o objeto do processo.⁶¹ Aliás, até o oferecimento da denúncia, o Ministério Público é livre para liberar as provas da custódia oficial que já não sejam necessárias para a investigação do crime.⁶²

⁵⁶ *Schneider*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1204.

⁵⁷ *Ritscher em Graf*: *Strafprozessordnung*, 2. ed., p. 844.

⁵⁸ *Ritscher em Graf*: *Strafprozessordnung*, 2. ed., p. 844.

⁵⁹ *Schneider*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1204.

⁶⁰ *Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier*: *StPO*, 4ª ed., p. 1270.

⁶¹ *Schneider*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1204.

⁶² *Schneider*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1204.

b) Conteúdo da denúncia

O §200, *StPO*, descreve o conteúdo da denúncia de forma relativamente pormenorizada. Consiste, portanto, na narrativa da “frase-núcleo” (*Anklagesatz*), na exposição do “resultado substancial das investigações” (*wesentliches Ergebnis der Ermittlungen*), na designação do tribunal considerado competente, no pedido de instauração do processo, na indicação das provas, e, se necessário, o pedido de emissão ou de manutenção do mandado de prisão ou de internação.⁶³

Nesses termos, o §200, *StPO*, encontra-se redigido da seguinte forma, *ex vi*:

(1) A denúncia deverá designar o denunciado, o fato que lhe é imputado, a data, a hora e o local do seu cometimento, os elementos constitutivos do fato punível e as disposições penais aplicáveis (frase-núcleo da acusação). Além disso, nela também deverão ser indicadas as provas, o tribunal diante do qual deverá ser realizada a audiência de instrução e o defensor. Quanto às testemunhas designadas, devem ser indicados o local de residência ou o domicílio, mas não é necessário fornecer o endereço completo. Nos casos do §68, Abs. 1, S. 2, Abs. 2, S. 1, é suficiente indicar o nome da testemunha. Se for mencionada uma testemunha cuja identidade não deva ser revelada, no todo ou em parte, isto deve ser declarado; isso aplica-se mutatis mutandis à confidencialidade do local de residência ou do domicílio da testemunha.

(2) Na denúncia também será exposto o resultado substancial das investigações. Este pode ser dispensado se a denúncia for ofertada perante um juiz criminal [togado].

⁶³ Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1271.

De forma preliminar, sublinhe-se que a doutrina alemã esclarece que o §200, *StPO*, possui duas finalidades essenciais: “função de delimitação” (*Umgrenzungsfunktion*) e “função de informação” (*Informationsfunktion*).⁶⁴ Quanto à primeira, a denúncia deve determinar a pessoa do acusado e o fato criminoso, definindo assim de forma vinculativa os limites da investigação e da decisão de recebimento, tratando-se, portanto, de um pré-requisito para o julgamento.⁶⁵ Em relação à segunda, a denúncia, no seu conjunto, deve informar aos juízes togados e ao denunciado as circunstâncias relevantes do processo, permitindo, assim, que este último se defenda adequadamente.⁶⁶

aa) Frase-núcleo da denúncia

Confira-se que na própria redação do §200, *StPO*, o legislador fez constar o conceito jurídico *Anklagesatz*, entre parênteses, o qual significa *frase-núcleo* da acusação. Nele está sintetizado o ponto indispensável referente ao conteúdo da denúncia. No que tange à forma e à estrutura do *núcleo acusatório*, existem diferentes práticas regionais, porém deve ser conciso, preciso, compreensível e, em especial, abster-se de qualquer “apreciação de prova” (*Beweiswürdigung*).⁶⁷

Feitas essas considerações, o promotor, ao elaborar a denúncia, deve se atentar, no que tange à *frase-núcleo*, a certos elementos para não incorrer em erro, como se pode ver abaixo.

i) Os “dados pessoais” (*Angaben zur Person*): deve-se individualizar o denunciado descrevendo o prenome, (se houver mais de um, o primeiro nome deve ser sublinhado), o sobrenome, a profissão, o endereço, o estado civil, a data e o local de nascimento. Se os dados pessoais forem parcialmente desconhecidos, a individualização deve ser feita de outra forma (por exemplo: descrição, fotografia,

⁶⁴ Joecks, Wolfgang: *Strafprozessordnung*, 3ª ed., p. 448; *Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung*, 1ª ed., p. 986; *Meyer-Goßner: Strafprozessordnung*, 57ª ed., p. 897; *Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO*, 4ª ed., p. 1270-1271; *Schneider: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1207.

⁶⁵ *Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung*, 1ª ed., p. 986.

⁶⁶ *Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung*, 1ª ed., p. 986.

⁶⁷ *Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung*, 1ª ed., p. 986.

apelido).⁶⁸ Circunstâncias pessoais (religião, primariedade), as quais não têm serventia para individualizar o denunciado, não devem ser mencionadas neste tópico, mas, se necessário, no bojo da “descrição do fato” (*Bezeichnung der Tat*) ou, em último caso, no “resultado substancial das investigações” (*wesentliches Ergebnis der Ermittlungen*).⁶⁹ Se o denunciado estiver segregado, deve ser indicado o estabelecimento prisional, bem como o nome do advogado de defesa;⁷⁰

ii) A “descrição do fato” (*Bezeichnung der Tat*): deve-se narrar o acontecimento histórico do evento investigado, indicando a hora e o local. Ao fazê-lo, a redação da exordial deve ser precisa e compreensível em si mesma, deixando clara a identidade dos fatos, excluindo a possibilidade de confusão com outros atos eventualmente perpetrados pelo mesmo denunciado. Assim, a suficiente concretização da descrição evita “investigar e/ou sentenciar o acusado duas vezes pelo mesmo fato” (*Strafklageverbrauch*),⁷¹ além de possuir especial relevo no âmbito da análise da “prescrição” (*Verjährung*).⁷² Frise-se, portanto, a importância da narrativa em pormenores no que tange à hora e ao local com o fim de descrever o fato, de sorte que a mera indicação geográfica, como, por exemplo, apontar o país em que fato teria ocorrido não é suficiente. Por outro lado, o cabal exaurimento da narrativa é desnecessário, haja vista que não é a denúncia, mas, sim, a sentença que transita em julgado. Assim, se outras circunstâncias puderem individualizar suficientemente o fato, não há qualquer prejuízo em virtude de uma indicação imprecisa.⁷³ Em casos específicos, a determinação do tempo pode até não se encontrar demonstrada.⁷⁴ Em contrapartida, na ausência de outras características individualizadoras, o ato é essencialmente estipulado pelo período de tempo que o acusado determinar.⁷⁵

⁶⁸ Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1271.

⁶⁹ Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 986.

⁷⁰ Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1271.

⁷¹ *Strafklageverbrauch* (exaurimento da ação penal) é um dos pré-requisitos processuais essenciais (negativos) no processo penal. Isso significa que ninguém pode ser investigado ou condenado mais de uma vez pelo mesmo fato. Isso aplica-se tanto à condenação como também na hipótese de absolvição. Outros termos utilizados para descrever o exaurimento da ação penal são: “trânsito em julgado material” (*materielle Rechtskraft*), “proibição de dupla penalização” (*Doppelbestrafungsverbot*) e o *ne bis in idem*. Veja Pieroth em Jarass/Pieroth: Grundgesetz (GG), 15ª ed., p. 1157 e Kindhäuser/Schumann: Strafprozessrecht, 5ª. ed, p. 327.

⁷² Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1271.

⁷³ BGH, NStZ 2006, 649 [650].

⁷⁴ OLG München, NStZ-RR 2005, 350.

⁷⁵ BGH, NStZ-RR 2015, 286 [287].

iii) os “elementos constitutivos do delito” (*gesetzliche Merkmale der Straftaten*): este diz respeito à infração supostamente cometida, de maneira que cada elemento constitutivo do tipo penal objetivo e subjetivo será provado indicando o respectivo acontecimento ou resultado. O propósito é demonstrar ao denunciado que a descrição da alegada infração e os requisitos legais referentes à responsabilidade penal foram atendidos.⁷⁶ A descrição da infração deve ser simplificada, de sorte que as especificidades do fato não podem ser exploradas no âmbito da “frase-núcleo” (*Anklagesatz*), mas, sim, no bojo do “resultado substancial das investigações” (*wesentliches Ergebnis der Ermittlungen*).⁷⁷ A denúncia que, por sua vez, burlar essa lógica deverá ser rejeitada.⁷⁸ De mais a mais, ao especificar os elementos constitutivos do delito, o Ministério Público deverá também levar em consideração as disposições que implicam no veredito de culpa do acusado, como, por exemplo, a “tentativa” (*Versuch*), a “forma de participação” (*Teilnahmeform*) e o “concurso de crimes” (*Tatmehrheit/Tateinheit*).⁷⁹

iv) os “fatos múltiplos/ou vítimas” (*Mehrzahl von Taten/oder Opfern*): mesmo nos casos de crimes em série contra a mesma vítima, as ações individuais devem ser claramente distinguidas umas das outras. No entanto, se os crimes forem cometidos da mesma forma e no mesmo local, basta uma determinação exata do tempo para a sua concretização. Se tal indicação não for factível, deve ser especificado o número mínimo de infrações individuais num período de tempo da forma mais precisa possível. Em caso de várias vítimas, elas devem ser elencadas pelo nome ou de outra forma serem individualizadas. Uma “cláusula geral” (*Generalklausel*) não é suficiente, mas no caso de “crimes em massa” (*Massenverbrechen*)⁸⁰, é suficiente especificar um número mínimo de vítimas num determinado período de tempo.⁸¹

⁷⁶ Meyer-Göbner: Strafprozessordnung, 57ª ed., p. 899.

⁷⁷ Joecks: Strafprozessordnung, 3ª ed., p. 448.

⁷⁸ BGH JZ 87, 316. Ver Meyer-Göbner: Strafprozessordnung, 57ª ed., p. 898.

⁷⁹ Meyer-Göbner: Strafprozessordnung, 57ª ed., p. 899.

⁸⁰ O termo *Massenverbrechen*, oriundo do inglês *mass atrocity crimes*, refere-se a genocídio, limpeza étnica, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

⁸¹ Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 987.

v) os “fatos com consequências jurídicas relevantes” (*Rechtsfolgenrelevante Tatsachen*): a jurisprudência do “Superior Tribunal Federal” (*Bundesgerichtshof*) determina que os fatos, os quais apenas são relevantes para as consequências jurídicas (por exemplo, “conciliação entre o autor do crime e a vítima, restituição” – *Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung, §46a StGB*), não constituem nem individualizam a infração e, por conseguinte, não devem ser mencionados no bojo da *frase-núcleo*.⁸² Por outro lado, as circunstâncias, as quais são importantes tanto para a questão da culpa como para a punição (os chamados “fatos duplamente relevantes” – *Doppelrelevante Tatsachen*), são constitutivas do ato na sua forma concreta e devem, portanto, ser incluídas no espaço reservado à frase-núcleo. Isso se aplica, por exemplo, às descrições sobre as condições prévias factuais da “atenuação da culpabilidade” (*Verminderte Schuldfähigkeit, §21 StGB*), à “gravidade da culpa” (*Schuldschwere, §57a StGB*), bem como às hipóteses de menor gravidade ou a outras particularmente graves.⁸³

vi) as “disposições penais aplicáveis” (*Anzuwendende Strafvorschriften*): deve-se indicar a natureza do ato (crime ou contravenção), salientando a infração penal supostamente perpetrada (homicídio, roubo). Nesse ponto, frise-se, novamente, a forma de participação (autoria, coautoria, instigação, auxílio), a tentativa, se for o caso, bem como a hipótese de exasperação ou de diminuição da pena. Exemplos: furto grave, nos termos do §243 *StGB*, ou atenuação da culpabilidade (§21 *StGB*).⁸⁴

bb) Elementos adicionais no âmbito da denúncia

i) “Meio probatório” (*Beweismittel*): O Ministério Público designa todas as provas materiais e testemunhais consideradas necessárias para a avaliação do crime e das consequências jurídicas que sopesarão contra o denunciado, de sorte que só devem ser indicadas as provas necessárias e utilizáveis para não sobrecarregar eventual “audiência de instrução” (*Hauptverhandlung*). Importante registrar que as provas que isentem o denunciado de responsabilidade também devem ser

⁸² Compare com *BGHSt* 16, 47, 48; 22, 336, 338; 29, 124, 126; 29, 274, 276.

⁸³ *Reinhart em Radtke/Hohmann*: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 987-988.

⁸⁴ *Schneider*: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1212; *Reinhart em Radtke/Hohmann*: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 989.

apresentadas pelo Ministério Público. Já as testemunhas e os peritos, por seu turno, devem ser inscritos em lista, no endereço que possam ser intimados, embora não seja necessário indicá-los de maneira completa. Do ponto de vista de proteção de testemunhas, o endereço apontado não deve ser o residencial para a realização da intimação. Sendo imprescindível a manutenção do segredo em relação às testemunhas, a denúncia deve observar o disposto no §200, *Abs. 1 S. 4, StPO*, cujo dispositivo determina que nos casos do §68 *Abs. 1 S. 2⁸⁵, Abs. 2 S. 1, StPO*, basta indicar o nome da testemunha. Além disso, as provas devem incluir os “resumos do Registro Central Federal, do Registro de Tráfego e de Educação” (*Auszüge aus dem Bundeszentralregister, dem Verkehrs- und Erziehungsregister*), bem como os “objetos de inspeção” (*Augenscheinobjekte*). Em que pese o relatório da “assistência judiciária” (*Gerichtshilfe*),⁸⁶ ou da “assistência judiciária de menores” (*Jugendgerichtshilfe*),⁸⁷ não ser considerado como elemento de prova, o membro, responsável por sua elaboração, deve ser designado como testemunha;⁸⁸

ii) “Tribunal” (*Gericht*): o promotor, por meio da denúncia, deve apontar o tribunal legalmente competente para realização de eventual “Processo Principal” (*Hauptverfahren*);⁸⁹ Exemplo: “Solicito que o *Processo Principal* seja instaurado perante o “Tribunal de Leigos” (*Schöffengericht*) em Fürstfeldbruck,⁹⁰

⁸⁵ *StPO*, §68 *Abs. 1 S. 2*: Uma testemunha que tenha realizado observações na qualidade de funcionário pode indicar o local de serviço em vez do local de residência; §68 *Abs. 2 S. 1*: Além disso, uma testemunha deve ser autorizada a indicar o seu local de trabalho, local de emprego ou qualquer outro endereço em vez do seu local de residência, se houver motivos razoáveis para recear que, ao indicar o seu local de residência, os interesses jurídicos da testemunha ou de outra pessoa fiquem comprometidos ou que as testemunhas, ou outra pessoa, sejam injustamente influenciadas.

⁸⁶ Na maioria dos estados federais, a assistência judicial faz parte dos serviços sociais do Judiciário. Os membros da Unidade de Assistência Judiciária são assistentes sociais ou educadores sociais e, a pedido das autoridades judiciais (Ministério Público, Tribunais, etc), ficam à disposição em todas as fases do processo penal para, se necessário, fornecerem elementos visando subsidiar a decisão judicial. Portanto, a principal tarefa da assistência judiciária é a investigação e a apresentação das circunstâncias pessoais e da situação social das pessoas envolvidas em processos criminais. Ver *Justiz-Online: Fachbereich Gerichtshilfe*. Disponível em: https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/ordentliche_gerichte/Strafgericht/dienste/Gerichtshilfe_2/index.php (Acesso: 12.05.2020).

⁸⁷ De acordo com o §38, *JGG*, os representantes da assistência judiciária juvenil trazem, entre outras coisas, aspectos educacionais e, portanto, também sócio-pedagógicos para o processo penal perante os tribunais juvenis, apresentando, por escrito e/ou oralmente, uma declaração sobre o acusado.

⁸⁸ *Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO*, 4ª ed., p. 1272.

⁸⁹ *Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung*, 1ª ed., p. 990.

⁹⁰ *Roxin/Schünemann: Strafverfahrensrecht*, 27ª. ed. p. 326.

iii) “*Nota de Sigilo*” (*Geheimvermerk*): É permitida, para a proteção dos segredos de Estado, que a denúncia esteja sob a etiqueta de sigilo, desde que a defesa do denunciado não seja restringida;⁹¹

iv) “*Formalidade*” (*Formalia*): A denúncia deve indicar a origem da promotoria (Exemplo: Munique, Berlim), devendo ser datada e assinada pelo promotor.⁹² A ausência da assinatura é, contudo, irrelevante se a acusação tiver sido apresentada com o conhecimento e com a vontade do membro responsável do Ministério Público.⁹³

cc) Resultado substancial das investigações

O “*resultado substancial das investigações*” (*wesentliches Ergebnis der Ermittlungen*), é um tópico específico contido na denúncia, não podendo ser confundido com os demais, principalmente, com os termos destinados à *frase-núcleo*. Nele deve ser explicitada a suspeita que recai sobre o denunciado quanto às circunstâncias do crime, apresentando-se como verdadeiro resumo do que foi extraído da fase investigativa. Possui a função, portanto, de informar o denunciado, o advogado de defesa, os juízes togados (encarregados de decidir sobre a abertura do *Processo Principal*) e o representante do Ministério Público. O *resultado substancial das investigações* estende-se também sobre a qualificação e as informações encontradas sobre a pessoa do denunciado como o seu estado civil, profissão, escolaridade, ficha de antecedentes penais, entre outros dados de relevo para o deslinde do processo.

Exemplo:

“O denunciado Grob cresceu em Quierschied como o segundo filho de Hans Grob. Depois de encerrar o ensino secundário, ele iniciou o ensino profissionalizante como

⁹¹ Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 990.

⁹² Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 990.

⁹³ Meyer-Göbner: Strafprozessordnung, 57ª ed., p. 901.

“telhador”, o qual não concluiu. O seu rendimento líquido como trabalhador da construção civil totalizava €950 por mês. O denunciado possui vários registros criminais. Em 9.7.1998, a Comarca de 1ª instância de Adolescentes de Saarbrücken condenou-o a 2 anos e 6 meses por violação da lei de narcóticos, em internação de jovens, cumprindo a sanção até 4.9.2000.

Já o denunciado Bruch é casado e tem um filho com três anos de idade. No escritório Lerner, ele percebe €1.550 líquidos por mês como empregado. Ele possui registro criminal por conduzir embriagado. Na noite de 24.9.2002, os denunciados, que se conheciam desde os tempos de escola, encontraram-se no restaurante Landsknecht em Sulzbach. Grob, por sua vez, convenceu Bruch a participar de um assalto.

Para este fim, uma escada foi roubada da empresa Eisen-Müller St. Ingbert. A escada foi transportada para Sulzbach pelo carro de Bruch, um Peugeot 405 GRD. Lá ambos entraram no mercado Norma. As ações do assalto foram divididas conforme eles combinaram. Em 24.10.2002, Grob invadiu a casa do Dr. Möbius em Primstal e furtou um álbum de moedas, além de outros bens. Com o carro furtado ele chegou até a saída da autoestrada do moinho turquesa. Neste ponto, ele perdeu o controle do veículo em uma curva fechada à direita por razões desconhecidas e colidiu em uma árvore. Ele abandonou o carro danificado no local, resultando em danos materiais no valor de €22.900.

Após inicialmente negarem os fatos, ambos os denunciados confessaram o crime na totalidade ao policial Schröder. Grob afirmou que, como motivo para o crime, precisava de dinheiro para comprar haxixe, enquanto Bruch só queria

complementar a sua renda. Um exame psiquiátrico de Grob no “Processo 42 VRs 13/99” levou à conclusão de que não há dúvidas sobre a sua culpabilidade. Dos prejuízos gerados só o Dr. Möbius sofreu danos materiais no valor de €7463,90. Até o momento, nenhuma reparação foi realizada.”⁹⁴

Questão bem discutida na prática diz respeito ao espaço reservado ao Ministério Público para a realização da “apreciação de provas” (*Beweiswürdigung*). Nesse ponto, mister se faz recapitular e distinguir o conceito de “frase-núcleo” (*Anklagesatz*) da acusação, previsto no §200, *Abs.* 1. *S.* 1, do “resultado substancial das investigações” (*wesentliches Ergebnis der Ermittlungen*), estipulado no §200, *Abs.* 2, *StPO*. Enquanto a *frase-núcleo* estabelece qual comportamento do denunciado se subsume à lei penal,⁹⁵ ou seja, está voltada para a análise jurídica referente aos elementos constitutivos legais do crime imputado, o *resultado substancial das investigações*, por outro lado, demonstra por qual razão o denunciado é suficientemente suspeito das circunstâncias do crime, de modo que encontra suporte nos “meios probatórios” (*Beweismittel*) responsáveis por sustentar os fatos imputados.⁹⁶

Nesse viés, todas as circunstâncias estão incluídas no *resultado substancial das investigações* sem que seja necessário incluí-las no âmbito da *frase-núcleo*, como, por exemplo, a ficha criminal do denunciado. Anote-se, ademais, que o *resultado essencial das investigações* possui ainda duas funções: (i) é o espaço apropriado para a realização da “apreciação de provas” (*Beweiswürdigung*); (ii) informar o denunciado e as outras partes no processo sobre todas as circunstâncias que envolvem o fato em investigação, facilitando a compreensão da acusação. Entretanto, o *resultado substancial das investigações* não se destina evidentemente

⁹⁴ *Strafprozessrecht*: Ratgeber für Rechtsreferendare zur Vorbereitung auf die zweite juristische Staatsprüfung unter besonderer Berücksichtigung der saarländischen Praxis von Michael Georg Müller, Oberstaatsanwalt Saarbrücken 1994 – 2006 Überarbeitung vom 15. September 2006 Disponível em: <http://herberger.jura.uni-sb.de/ref/strafprozessrecht/Rat-8.html> (Acesso em 12.05.2020).

⁹⁵ Compare com Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: *StPO*, 4ª ed., p. 1273.

⁹⁶ Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: *StPO*, 4ª ed., p. 1273. Ritscher em Graf: *Strafprozessordnung*, 2. ed., p. 846 ss.

aos “juízes leigos” (*Schöffren*), porquanto é o local apropriado para efetuar a *apreciação de provas* por parte do Ministério Público, e, por conseguinte, poderia criar um “perigo de tendenciosidade” (*Gefahr der Voreingenommenheit*), potencializando a quebra da imparcialidade para o julgamento, em caso de abertura da “audiência de instrução” (*Hauptverhandlung*).⁹⁷

Assim, um erro típico, que especialmente ocorre nos casos de acusações de corrupção, é a hipótese em que, no bojo da *frase-núcleo* da denúncia, realiza-se a *apreciação de provas*, sendo que esta é reservada ao *resultado substancial das investigações*. Isto é, mesmo que o espaço designado à *frase-núcleo* deva conter todas as informações que descrevem o fato e os seus pormenores na íntegra, nele não pode, todavia, constar quaisquer elementos referentes ao *resultado substancial das investigações*. Na prática, o *resultado substancial das investigações* é regularmente precedido de uma cláusula geral, a qual estabelece que, para evitar a repetição desnecessária, deve ser feita somente referência à *frase-núcleo*. Portanto, se o Ministério Público confundir os termos em que devam figurar no âmbito da *frase-núcleo* – efetuando a *apreciação de provas* – estará caracterizado excesso ao limite definido no §200 *Abs. 1 S. 1, StPO*, de modo que o tribunal deverá rejeitar a denúncia.⁹⁸

Por fim, registre-se que, de acordo com §200, *Abs.2. S.2*, a apresentação do *resultado substancial das investigações* pode ser dispensada se a denúncia for ofertada perante um juiz criminal togado. Todavia, as “Diretrizes para o processo penal e multas”⁹⁹ (*Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren – RiStBV*) preceituam que mesmo se a acusação for proposta perante um juiz penal togado, o *resultado substancial das investigações* deve ser incluído na denúncia, desde que a situação de fato ou de direito apresente complexidade (*RiStBV*, 112, *Abs. 1*).

⁹⁷ Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1273. Ritscher em Graf: Strafprozessordnung, 2. ed., p. 848;

⁹⁸ Bernsmann/Gatzweiler: Verteidigung bei Korruptionsfällen, 1ª ed., p. 226-227.

⁹⁹ As Diretrizes para o processo penal e as multas (*RiStBV*) são regulamentos administrativos suplementares.

dd) Vícios da denúncia

A denúncia, por sua vez, pode apresentar determinados vícios cujas consequências merecem a devida atenção. Predominantemente, é realizada a distinção entre deficiências que afetam a “função de delimitação” (*Umgrenzungsfunktion*) e outras, em especial, que dizem respeito à “função de informação” (*Informationsfunktion*). Existem, outrossim, vícios substanciais e insubstanciais, o que conduz frequentemente as mesmas consequências jurídicas ao final.¹⁰⁰

(i) “Vícios de delimitação” (*Umgrenzungsmängel*). Segundo a jurisprudência pacífica do “Superior Tribunal Federal” (*Bundesgerichtshof*), a não identificação do denunciado ou da infração de modo concreto constitui um “impedimento ao processo” (*Verfahrenshindernis*)¹⁰¹, de modo que descumpra a sua *função de delimitação*, não constituindo, assim, uma condição prévia e eficaz para o deslinde da causa.¹⁰² Nesses casos, não há, na denúncia, uma delimitação efetiva do objeto do processo, o que conduz a ambiguidades quanto ao efeito do trânsito em julgado de uma sentença nela baseada. Importante consignar que o *resultado substancial das investigações* também pode ser utilizado como viés interpretativo para determinar se a *frase-núcleo* satisfaz ou não os requisitos de concretude necessários para a narrativa da denúncia.¹⁰³ Assim, o *vício de delimitação* inexistente se forem claros o objeto e a pessoa a quem se destina a acusação, mesmo se dados incorretos sobre o *crime*¹⁰⁴ ou o *acusado*¹⁰⁵ forem descritos de forma equivocada na peça acusatória.¹⁰⁶

(ii) “Vícios de informação, vícios formais” (*Informationsmängel, formelle Mängel*). A jurisprudência alemã possui entendimento de que o defeito sobre os

¹⁰⁰ Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1273.

¹⁰¹ Veja nota de rodapé nº 17.

¹⁰² BGH v.11.1.1994 – 5 StR 682/93, BGHSt 40, 44 (45) = NStZ 1994, 350.

¹⁰³ Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1273.

¹⁰⁴ OLG Celle v. 12.6.1997 – 22 Ss 110/97, NStZ-RR 1997, 367.

¹⁰⁵ Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 991.

¹⁰⁶ Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 991.

“elementos constitutivos do delito”¹⁰⁷ (*gesetzliche Merkmale der Straftaten*) ou em relação às “disposições penais aplicáveis” (*Anzuwendende Strafvorschriften*) ou à apresentação inadequada do *resultado substancial das investigações*,¹⁰⁸ afetam tão pouco a eficácia da acusação quanto os erros formais (como, por exemplo, a “ausência de assinatura”¹⁰⁹ (*fehlende Unterschrift*) ou a hipótese de “denúncia ofertada por um promotor sem competência”¹¹⁰ (*Anklage durch eine unzuständige Staatsanwalt*)). Outros vícios relativos à *função de informação* ou à *estrutura* ou às *formalidades*, não devem tangenciar a denúncia.¹¹¹ Assim, não haveria que se falar em rejeição da abertura do *Processo Principal*, tampouco invocar tais deficiências em grau de recurso.¹¹²

Isso posto, veja que os entendimentos acima mencionados não atribuem importância à *função de informação* da denúncia para fins de direito de defesa do denunciado. No entanto, consoante destaca o Professor *Hennig Rosenau* – levando em consideração o grau que se exige de um Estado de Direito, haja vista o artigo 6º da CEDH (Convenção Europeia de Direitos Humanos) combinado com o artigo 20 Abs. 3 da “Lei Fundamental” (*Grundgesetz*) – é necessário reconhecer, nos casos de “vícios graves” (*erhebliche Mängel*) no âmbito de uma denúncia, a limitação às possibilidades de defesa do denunciado, de maneira que se deve equiparar os déficits relativos à *função de informação* ao da *função de delimitação*. Portanto, ainda que seja de todo duvidoso proceder claramente a distinção entre as *funções de informação e de delimitação*, não é compatível com a “função de controle” (*Kontrollfunktion*) inerente ao “Processo Intermediário” (*Zwischenverfahren*) permitir o recebimento de uma denúncia que padeçam de tais vícios.¹¹³

Ponto de relevo, nessa quadra, diz respeito à “possibilidade de convalidação” (*Heilungsmöglichkeit*) da denúncia. Assim, um *vício de informação* ou

¹⁰⁷ BGH v. 17.2.1999 – 3 StR 28/99, BGH Anklagesatz 5.

¹⁰⁸ BGH v. 25.1.1995 – 3 StR 448/94, BGHSt 40, 390 (392).

¹⁰⁹ OLG Düsseldorf v. 19.8.1993 – 1 Ws 676/93, MDR 1994, 85.

¹¹⁰ OLG Düsseldorf v. 19.8.1996 – 1 Ws 552/96, NSiZ-RR 1997, 110.

¹¹¹ BGHSt 40, 44 [48].

¹¹² BGH bei Kusch NSiZ 1995, 19; Ver: Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1274; Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 991.

¹¹³ Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1274;

de *delimitação*, no âmbito da *frase-núcleo*, pode ser convalidado por meio de interpretação, se recorrer-se ao *resultado substancial da investigação*¹¹⁴ (não ao conteúdo do documento)¹¹⁵ visando assim suprir a deficiência da exordial acusatória. Se essa tentativa, todavia, não lograr êxito, o magistrado remeterá a acusação ao Ministério Público para proceder a retificação. De igual modo sucede tanto com outros *vícios de informação*, bem como outros de natureza *formal*.¹¹⁶

Se após a remessa ao Ministério Público, ainda assim subsistirem impropriedades na denúncia, a jurisprudência do “Superior Tribunal Federal” (*Bundesgerichtshof*) entende que a abertura do *Processo Principal* será rejeitada,¹¹⁷ porquanto de acordo com o “princípio acusatório” (*Akkusationsprinzip*), a elaboração de uma acusação eficaz, como requisito processual, é tarefa do órgão persecutório.¹¹⁸ Não obstante, surge a controvérsia se diante dos casos de *vícios de delimitação*, a acusação, mesmo deficiente, pode ser admitida e no âmbito da “audiência de instrução” (*Hauptverhandlung*) a falha seria convalidada. Ressalte-se que a hipótese de convalidação de um *vício de delimitação* após a abertura do *Processo Principal* tem sido julgada de forma oscilante pela jurisprudência.¹¹⁹ Registre-se, ainda, que a doutrina rechaça este entendimento.¹²⁰

Por derradeiro, saliente-se a possibilidade de apresentação de recurso em caso de vícios presentes no corpo da denúncia. Assim, a ineficácia da acusação devido a um *vício de delimitação* constitui um “impedimento ao processo” (*Verfahrenshindernis*), de modo que a “instância competente para a análise do recurso de Revisão” (*Revisionsrechtszug*) pode analisar a falha *ex officio*¹²¹ determinando, ao

¹¹⁴ Jurisprudência pacífica do *BGH* desde 15.12.1953 (5 StR 294/53), *BGHSt* 5, 226 (227) = NJW 1954, 1009.

¹¹⁵ *BGH* v. 17.8.2000 – 4 StR 245/00, NJW 2000, 3293.

¹¹⁶ *LG Potsdam* v. 21.8.1998 – 25 Qs 6 – 98, NStZ-RR 1999, 55.

¹¹⁷ *BGH* JR 2001, 421 [422].

¹¹⁸ *Rosenau* em *Satzger/Schluckebier/Widmaier*: StPO, 4ª ed., p. 1274.

¹¹⁹ Em sentido favorável: *OLG Karlsruhe* v. 19.12.1985 – 4Ws 256/85; *BGH* v.17.8.2000 – 4 StR 245/00. Em sentido contrário: *OLG Jena* v. 1.12.1997 – 1 Ss 160/97; *BGHSt* 40,44(45) = NStZ 1994, 350.

¹²⁰ Ver *Krause/Thon* StV 1985, 252 (257). Conferir ainda outros autores em comentários ao *StPO*: *Paeffgen*, *Schneider*, *Löwe/Rosenberg/Stuckenberg*, *Meyer-Göfner*. Informações extraídas em *Reinhart* em *Radtke/Hohmann*: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 991.

¹²¹ Em caso de *impedimentos processuais* que não possam ser eliminados, o Tribunal competente para apreciar o recurso de *Revisão* deve arquivar o processo.

fim, o arquivamento do processo.¹²² Anote-se, também, que outros vícios podem ser identificados no âmbito do recurso de *Revisão*, desde que seja inviável a convalidação no âmbito da audiência de instrução.¹²³

Nesse sentido, o recurso de *Revisão* pode apontar que, com “fundamento em infração de regra processual” (*Verfahrensrüge*), não foi garantida uma defesa adequada devido ao caráter inacabado da acusação admitida,¹²⁴ como, por exemplo, a hipótese em que a *função de informação* não foi devidamente elaborada¹²⁵ (v.g. *resultado substancial das investigações* incompleto) ou quando a *frase-núcleo* não indicar qual das variantes do tipo penal é imputada ao denunciado.¹²⁶ Já para os terceiros, cujos direitos sejam violados pela apresentação do *resultado substancial das investigações*, não é possível propor ação judicial nos termos dos §§23 ss. da “Lei de Introdução à Lei de Constituição dos Tribunais” (*Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz*).¹²⁷⁻¹²⁸

c) Notificação da denúncia

De acordo com o §201, *StPO*, o magistrado determina a “notificação” (*Zustellung*) da acusação ao denunciado e, ao mesmo tempo, solicita-o a declarar num prazo a fixar, se pretende *requerer provas* ou se deseja levantar *objeções* antes da decisão de abertura do *Processo Principal*.¹²⁹ Sobreleva anotar que, se estiver

¹²² Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 991. Ver também: Schneider: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1217.

¹²³ Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 991-992.

¹²⁴ BGH NStZ 1984, 133.

¹²⁵ BGHSt 40, 44, 45; BGH NStZ 1996, 95.

¹²⁶ Compare com BGH NStZ 1984, 133. Ver Schneider: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1217.

¹²⁷ EGGVG, §24, Abs. 1: Um pedido para a prolação de decisão judicial só é admissível se o requerente alegar que por meio da medida ou de sua recusa ou omissão viola os seus direitos (*Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nur zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, durch die Maßnahme oder ihre Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein*).

¹²⁸ OLG Karlsruhe v. 11.11.1993 – 2 Vas 2393, NStZ 1994, 142. Ver Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 992.

¹²⁹ Exemplo: “18 Ds357/13. 1. Apresente ao denunciado à acusação, nos termos do §201 do Código de Processo Penal alemão (*StPO*), com a seguinte ordem: Prezado(a) Senhor(a), é notificada a acusação de 09.09.2013, em matéria penal, em seu desfavor. Se desejar *requerer provas* ou levantar *objeções* antes da abertura do *Processo Principal*, ser-lhe-á instado a declarar esse fato no prazo de uma semana após a notificação da presente ordem. Se solicitar a inquirição de testemunhas, deve indicar os fatos sobre os quais cada testemunha deve ser interrogada. Todos os pedidos podem ser apresentados por escrito ou

constituído, a denúncia será igualmente enviada ao “assistente de acusação” (*Nebenkläger*). Já o advogado particular, cuja procuração consta dos autos, e o defensor dativo são autorizados a receber a comunicação em nome do denunciado.¹³⁰ O órgão judicial, por sua vez, pronuncia-se sobre o “requerimento” (*Antrag*) e a “objeção” (*Einwendung*) propostos pelo denunciado, de modo que a decisão proferida é insuscetível de impugnação.¹³¹

Em breve resumo, a disposição em apreço garante que o denunciado seja plena e fidedignamente informado das acusações contra ele formuladas.¹³² Não só isso, assegura ao denunciado o “direito de ser ouvido” (*Anspruch auf rechtliches Gehör*) antes da decisão de abertura do *Processo Principal*, de sorte que a comunicação da denúncia concede a oportunidade de preparar a sua defesa¹³³ e de intervir ativamente no âmbito do *Processo Intermediário*.¹³⁴

aa) Natureza jurídica da notificação da denúncia, forma e prazo

A notificação ao denunciado é obrigatória, de modo que a denúncia deve ser realizada na íntegra, de forma escrita, não permitindo que se proceda oralmente ou que se viabilize um mero acesso à documentação referente ao processo.¹³⁵ Ademais, notificação é de caráter pessoal, mas nos casos previstos no §145a, *Abs. 1, StPO*, também pode ser realizada na pessoa do advogado de defesa. Acentue-se que se trata de um procedimento formal, nos moldes do §35, *Abs. 2, S. 1, StPO*.¹³⁶

O juiz, por seu turno, fixa um prazo *razoável* para o denunciado se manifestar sobre a exordial acusatória.¹³⁷ No entanto, o conceito de *razoável* é

ser reduzido a termo na Secretaria do Tribunal. 2. 10 dias após a notificação (decisão de abertura do *Processo Principal*). Bonn, 16.09.2013. *Schneider*, Juiz da Comarca de 1ª Instância.” *Haller/Conzen: Das Strafverfahren*, 8ª ed. p. 175.

¹³⁰ *StPO*, §145a, *Abs. 1*.

¹³¹ *StPO*, §201, *Abs. 2, S. 2*.

¹³² *OLG Celle StV* 1998, 531, 532.

¹³³ *Schneider*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1218.

¹³⁴ *Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO*, 4ª ed., p. 1274.

¹³⁵ *Ritscher em Graf: Strafprozessordnung*, 2. ed., p. 852; *Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO*, 4ª ed., p. 1274.

¹³⁶ *Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO*, 4ª ed., p. 1275.

¹³⁷ Em órgão colegiado a atribuição é outorgada ao juiz-“presidente” (*Vorsitzender*).

determinado pela extensão e dificuldade do caso.¹³⁸ Mesmo em demandas mais simples, em regra geral, é de se estipular pelo menos uma semana.¹³⁹ O prazo pode ser prolongado e, com o consentimento do denunciado, também reduzido, ou seja, possui natureza dilatória, admitindo ampliação ou redução.¹⁴⁰ Portanto, por não se tratar de “prazo peremptório” (*Ausschlussfrist*), mas somente de “prazo de explicitação” (*Erklärungsfrist*), os “requerimentos” (*Anträge*) e as “objeções” (*Einwendungen*) intentados pela defesa do denunciado, após a notificação, podem ainda ser apreciados pelo órgão judicial mesmo após o prazo fixado, desde que antes da decisão de abertura do *Processo Principal*.¹⁴¹ Em todo caso, não se deve perder de vista o “princípio da celeridade” (*Beschleunigungsgebot*) no que tange ao trâmite em questão, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional.¹⁴²

3. Requerimento de provas e objeções por parte do denunciado

O denunciado pode propor “requerimentos de provas” (*Beweisanträge*) ou levantar *objeções* (*Einwendungen*) com a finalidade de influenciar na decisão em que se decide sobre a abertura do processo.¹⁴³ As *objeções* podem decorrer, por exemplo, do denunciado pretender alegar a ausência de suspeita com base em fundamentos factuais ou jurídicos, bem como a existência de *impedimentos processuais* (v.g. prescrição).¹⁴⁴ Além disso, podem ser levantadas *objeções* em matéria de competência ao abrigo dos §§6a, 16, *StPO*.¹⁴⁵ No que tange ao *requerimento de prova*, determinados fatos e meios probatórios devem ser especificados em conformidade com o §219 *Abs. 1 S. 1, StPO*.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷

O objetivo em questão é voltado à preparação do processo para a prolação da decisão do órgão judicial disciplinada pelos §§203, 204 *StPO* (recebimento ou

¹³⁸ Meyer-Goßner: Strafprozessordnung, 57ª ed., p. 903.

¹³⁹ Meyer-Goßner: Strafprozessordnung, 57ª ed., p. 903.

¹⁴⁰ Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1275.

¹⁴¹ Meyer-Goßner: Strafprozessordnung, 57ª ed., p. 903.

¹⁴² Schneider: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1219.

¹⁴³ Joecks, Wolfgang: Strafprozessordnung, 3ª ed., p. 452.

¹⁴⁴ Joecks, Wolfgang: Strafprozessordnung, 3ª ed., p. 452.

¹⁴⁵ Joecks, Wolfgang: Strafprozessordnung, 3ª ed., p. 452.

¹⁴⁶ *StPO*, §219 *Abs. 1, S. 1*: O denunciado deve apresentar requerimento de provas ao presidente do tribunal. [O denunciado] deve ser notificado do despacho emitido a esta questão.

¹⁴⁷ Joecks, Wolfgang: Strafprozessordnung, 3ª ed., p. 452.

rejeição da denúncia). Embora os assistentes de acusação não possam se insurgir por meio de *objeções* à abertura do *Processo Principal*, não estão impedidos, por outro lado, de *requerer a produção de provas*.¹⁴⁸ Por fim, no que tange à *forma* e ao *conteúdo* da manifestação do denunciado, fica a seu critério como proceder, não estando sujeito a quaisquer restrições.¹⁴⁹ Assim, o denunciado pode prestar declarações por ele próprio, informalmente, mas é recomendável que se utilize a forma escrita por meio do advogado de defesa.¹⁵⁰

Não obstante, tomar uma decisão sobre *se e qual requerimentos* ou *objeções* devem ser apresentados é, sobretudo, uma questão de *tática* da defesa. Por um lado, deve ser ponderado a possibilidade de levantar dúvidas sobre a acusação perante o órgão judicial e, possivelmente, obter uma rápida conclusão da demanda, numa fase ainda precoce, desobrigando o denunciado do processo criminal. Por outro, deve-se considerar a possibilidade de desperdiçar e antecipar os argumentos defensivos numa fase do processo em que as decisões judiciais desfavoráveis são irrecorríveis (§201 *Abs. 2 S. 2, StPO*) e a improcedência da denúncia, de um modo geral, dificilmente é decretada. Devido a esse risco (desperdiçar e antecipar inoportunamente a matéria defensiva), a utilidade de uma manifestação do denunciado perante um *processo de abertura* tende a ser julgada cautelosamente na doutrina, mas as circunstâncias do caso continuam a ser sempre decisivas.¹⁵¹

a) Decisão do órgão judicial sobre os requerimentos de provas e objeções

O órgão judiciário deliberará sobre os *requerimentos* e *objeções*, de modo que a decisão proferida é irrecorrível, conforme acima mencionado. A decisão será tomada após a manifestação do promotor (§33, *Abs. 2, StPO*) e, se houver, do assistente de acusação.¹⁵² Sobre os órgãos judiciais é importante salientar que aqueles cuja composição há participação de “juízes leigos” (*Schöffen*), eles não decidirão sobre a questão relativa aos *requerimentos* e *objeções*, isto é, somente os juízes

¹⁴⁸ Meyer-Goßner: Strafprozessordnung, 57^a ed., p. 903.

¹⁴⁹ Ritscher em Graf: Strafprozessordnung, 2. ed., p. 854.

¹⁵⁰ Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1^a ed., p. 993.

¹⁵¹ Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1^a ed., p. 993.

¹⁵² Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4^a ed., p. 1275.

togados deliberarão sobre a matéria.¹⁵³ Na eventualidade do denunciado se manifestar antes do decurso do prazo a ele concedido, é possível proferir de imediato uma decisão.¹⁵⁴

Os *requerimentos de provas* serão inadmitidos se o órgão judicial considerar que são irrelevantes para a decisão de abertura do *Processo Principal* (§203, *StPO*).¹⁵⁵ No entanto, sendo deflagrado o *Processo Principal*, o acusado poderá refazer os pedidos de prova indeferidos anteriormente.¹⁵⁶ As *objeções*, por seu turno, contra a admissibilidade de uma “suspeita suficiente” (*hinreichender Tatverdacht*), podem ser tacitamente rejeitadas no momento de decisão de abertura do *Processo Principal* (§203, *StPO*).¹⁵⁷

A irrecorribilidade da decisão atinge a *objeção* contra a competência do órgão judicial (§§6a, 16, *StPO*),¹⁵⁸ bem como a não concessão de prorrogação do “prazo de explicitação” (*Erklärungsfrist*).¹⁵⁹ Todavia, se a abertura do *Processo Principal* tiver sido decidida sem notificação prévia do denunciado, pode ser apresentado um pedido nos termos do §33a, *StPO*.¹⁶⁰ A ausência da notificação confere ao denunciado o direito de exigir a “suspensão da audiência de instrução” (*Aussetzung der Hauptverhandlung*), de modo que a omissão seja regularizada.¹⁶¹ O indeferimento a tal pedido do denunciado constitui motivo de recurso de *Revisão*.¹⁶²

Se o pedido não for apresentado, deve-se presumir que o acusado renunciou ao seu direito.¹⁶³ De igual modo ocorre, por exemplo, no caso de um

¹⁵³ Rosenau em *Satzger/Schluckebier/Widmaier*: StPO, 4ª ed., p. 1275.

¹⁵⁴ Meyer-Göfner: *Strafprozessordnung*, 57ª ed., p. 903.

¹⁵⁵ Rosenau em *Satzger/Schluckebier/Widmaier*: StPO, 4ª ed., p. 1275.

¹⁵⁶ Meyer-Göfner: *Strafprozessordnung*, 57ª ed., p. 904.

¹⁵⁷ Meyer-Göfner: *Strafprozessordnung*, 57ª ed., p. 903.

¹⁵⁸ Joecks, Wolfgang: *Strafprozessordnung*, 3ª ed., p. 452.

¹⁵⁹ OLG Hamm NJW 1977, 210.

¹⁶⁰ StPO, §34a: Se o órgão judicial tiver violado o direito da parte em ser ouvido, de forma que possa afetar o resultado do processo e se essa mesma parte não tiver o direito de apresentar *reclamação* nem qualquer outro meio de recurso, o órgão judicial, na medida em que o prejuízo continue a existir, decidirá, de ofício ou a pedido, para que o processo volte à situação anterior à decisão em causa.

¹⁶¹ Joecks, Wolfgang: *Strafprozessordnung*, 3ª ed., p. 451; Rosenau em *Satzger/Schluckebier/Widmaier*: StPO, 4ª ed., p. 1274. Meyer-Göfner: *Strafprozessordnung*, 57ª ed., p. 904.

¹⁶² OLG Celle StV 1998, 531.

¹⁶³ BGH NStZ 1982, 125.

denunciado estrangeiro não ter recebido uma tradução da peça acusatória.¹⁶⁴ Sem embargo, importante salientar que, segundo a jurisprudência do “Superior Tribunal Federal” (*Bundesgerichtshof*), a ausência de notificação não constitui um “impedimento ao processo” (*Verfahrenshindernis*).¹⁶⁵

4. Produção de provas complementares antes do julgamento de recebimento da denúncia

Segundo dispõe o §202 do *StPO*, antes de decidir sobre o início do *Processo Principal*, o órgão judicial pode ordenar a produção de provas complementares, a fim de melhor esclarecer as questões atinentes ao processo. A decisão, da mesma forma como ocorre com a notificação da denúncia prevista no §201, *StPO*, é insuscetível de impugnação. Posto isso, a disposição torna claro que a instrução processual (complementar) também se aplica no âmbito do *Processo Intermediário* e, por conseguinte, confere ao órgão judicial poderes próprios de investigação. No entanto, deve-se interpretar de forma restritiva, de modo que a abrangência da investigação limita-se ao exame dos requisitos prévios referentes à decisão de abertura do *Processo Principal*, ou seja, a certificação sobre a “suspeita suficiente” (*hinreichender Tatverdacht*) de um crime.¹⁶⁶ Em outras palavras, a produção de provas se limita a complementar uma situação de fato já tratada nos autos pelo Ministério Público.¹⁶⁷

Assim, tanto o tribunal “de ofício” (*von Amts wegen*) pode ordenar, como o denunciado¹⁶⁸ e o Ministério Público podem requerer a produção de provas complementares.¹⁶⁹ Se existirem lacunas substanciais na acusação, o órgão judicial solicitará ao Ministério Público que retire a acusação ou que trabalhe no sentido da sua retificação, porquanto, se necessário for, o tribunal rejeitará a abertura do *Processo Principal*.¹⁷⁰

¹⁶⁴ Meyer-Goßner: Strafprozessordnung, 57ª ed., p. 904.

¹⁶⁵ BGHSt 33, 183 [186].

¹⁶⁶ Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1275.

¹⁶⁷ OLG Karlsruhe v. 1.9.2003 – Ws 235/03, wistra 2004, 276 (279).

¹⁶⁸ Joecks, Wolfgang: Strafprozessordnung, 3ª ed., p. 452.

¹⁶⁹ Ritscher em Graf: Strafprozessordnung, 2. ed., p. 856.

¹⁷⁰ Joecks, Wolfgang: Strafprozessordnung, 3ª ed., p. 452.

Frise-se que, nesta fase, não existe qualquer possibilidade de colmatar partes significativas do “Processo de Investigação” (*Ermittlungsverfahren*).¹⁷¹ No entanto, é possível, por exemplo, requisitar e consultar os processos de outros departamentos ou sugerir investigações suplementares pelos órgãos de investigação (Ministério Público e polícia).¹⁷² Nessa quadra, é possível proceder a oitiva de testemunhas e peritos que ainda não se manifestaram ou identificar provas que, do mesmo modo, não constam no processo (por exemplo, fotografias, croquis, *etc*).¹⁷³

É viável também ordenar que o denunciado seja ouvido sobre uma questão específica de prova, mas que não se realize um interrogatório amplo e geral, até porque a lei não prevê uma “audiência de oitiva” (*Anhörungsstermin*) no bojo do *Processo Intermediário*.¹⁷⁴⁻¹⁷⁵ Sobreleva anotar, uma vez mais, que o Ministério Público continua autorizado a realizar investigações complementares no âmbito do *Processo Intermediário*,¹⁷⁶ porém, conforme sublinhado, inadmissível são as produções de provas alargadas cujo procedimento é reservado à audiência de instrução.¹⁷⁷

Por fim, quatro pontos relevantes: (i) A ordem para a obtenção de provas complementares deve ser dada nos mesmos moldes tratada no §201, *StPO* (decisão sobre *requerimentos* e *objeções*);¹⁷⁸ (ii) no que diz respeito em qual momento a produção complementar de provas deve ocorrer, ela pode ser realizada antes mesmo do denunciado ser notificado. Todavia, “por razões de economia processual” (*aus verfahrensökonomischen Gründen*) é aconselhável que se aguarde a manifestação do denunciado;¹⁷⁹ (iii) no que tange à irrecorribilidade da decisão prevista na redação do §202 S. 2, *StPO*, deve-se levar em consideração que uma ordem de obtenção de

¹⁷¹ *OLG Karlsruhe* wistra 2004, 276, 279.

¹⁷² *Joecks*, Wolfgang: *Strafprozessordnung*, 3ª ed., p. 453.

¹⁷³ *Meyer-Goßner*: *Strafprozessordnung*, 57ª ed., p. 905.

¹⁷⁴ *Meyer-Goßner*: *Strafprozessordnung*, 57ª ed., p. 905.

¹⁷⁵ Para esta fase, não vige o procedimento denominado de “prova estrita” (*Strengbeweis*), mas, sim, da “prova livre” (*Freibeweis*) ou “livre [produção] de prova”. Veja nota de rodapé nº32.

¹⁷⁶ *Joecks*, Wolfgang: *Strafprozessordnung*, 3ª ed., p. 453.

¹⁷⁷ *Schneider*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1222.

¹⁷⁸ *Rosenau* em *Satzger/Schluckebier/Widmaier*: *StPO*, 4ª ed., p. 1276.

¹⁷⁹ *Schneider*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1223.

provas complementares emitida no âmbito de um *Processo Intermediário* pode, em qualquer caso, ser impugnada por “reclamação” (*Beschwerde*), se o denunciado invocar a “violação a direito fundamental” (*Grundrechtsverletzung*);¹⁸⁰ (iv) o órgão judicial pode proceder à execução da prova complementar, no entanto, não é incomum delegar esta função ao Ministério Público.¹⁸¹

5. Discussão do estado do processo com as partes

O §202a, *StPO*, dispõe que se o órgão judicial considerar pela hipótese de instauração do *Processo Principal*, pode-se discutir o estado do processo com as partes, na medida em que se afigure adequado para agilizar a demanda. A expressão “parte(s) no processo” (*Verfahrensbeteiligte*), segundo o §202a, refere-se a todas as pessoas ou organismos que devem ou podem participar do processo como sujeitos, fazendo as suas próprias declarações de intenção no sentido processual. Nesse sentido, *parte no processo*, para além do órgão judicial, citem-se, de pronto, o denunciado, o advogado de defesa e o promotor.¹⁸² Anote-se, ademais, que o próprio dispositivo legal determina que o conteúdo essencial da discussão travada entre as partes deve ser documentado.

Posto isso, importante consignar que o §202a foi introduzido por força da “Lei regulatória de *acordo*”¹⁸³ em Processo Penal” (*Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren*), a qual entrou em vigor em 4.8.2009. Com esta disposição, o legislador pretendia explicitamente reforçar os elementos comunicativos em todas as fases do processo penal.¹⁸⁴ Consoante a redação, o §202a, *StPO*, destina-se a conceder às partes a possibilidade, mas não a obrigação, de sondar as hipóteses de uma resolução amigável no bojo do processo, quer na fase do *Processo Intermediário*, quer posteriormente no âmbito da audiência de instrução.¹⁸⁵ Em vista desse propósito, a disposição legal não deve ser entendida no sentido de que a

¹⁸⁰ *OLG Köln v. 9.3.2004 – 2 Ws 32/04*. Ver também: *OLG Hamm NJW 1974, 713*; *Schneider: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed.*, p. 1224.

¹⁸¹ *Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed.*, p. 1276.

¹⁸² *Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed.*, p. 997-998.

¹⁸³ *Acordo*, na presente hipótese, em sentido de *composição* ou *conciliação*.

¹⁸⁴ *Ignor/Wegner em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed.*, p. 1277.

¹⁸⁵ *Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed.*, p. 997.

iniciativa de diálogos visando ao “acordo” (*Deal*) partirá necessariamente do órgão judicial. Pelo contrário, o *acordo* pode ser iniciado por qualquer ator processual, assim como o descumprimento dos termos da avença também pode ser levantado por todas as partes, incluindo o próprio órgão judicial.¹⁸⁶

Portanto, o dispositivo permite a discussão ainda no âmbito do *Processo Intermediário*, ou seja, depois de oferecida a denúncia e antes da abertura do *Processo Principal*, de modo que o instituto rende homenagens aos princípios da “celeridade processual” (*Beschleunigungsgebot*) e da “transparência” (*Transparenzgebot*); este último por exigir *in fine* a documentação do conteúdo essencial da deliberação travada.¹⁸⁷

a) Requisitos

Para que se proceda a *discussão* entre as partes, devem-se observar os requisitos abaixo.

(i) “Considerar a abertura do Processo Principal” (*Erwägen der Eröffnung des Hauptverfahrens*): a discussão no âmbito do *Processo Intermediário* pressupõe que o tribunal “considere” (*erwägt*) a possibilidade de abertura do *Processo Principal*. Isto é, se, por um lado, o tribunal deve se familiarizar com os fatos tratados no caso, bem como com a situação jurídica em que se baseiam as acusações, por outro, a formação de opinião do tribunal em verificar a existência de uma “suspeita suficiente” (*hinreichender Tatverdacht*) não deve ser realizada de forma exauriente, pois ainda não é o momento apropriado para tal análise. Assim, repita-se, deve o tribunal tão somente considerar a viabilidade de abertura do *Processo Principal*. Do contrário, se o tribunal propender em rejeitar a sua deflagração, a *discussão com as partes* não só passa a ser supérflua, como também inadmissível, em virtude do denunciado ter o direito ao encerramento imediato da demanda.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 997.

¹⁸⁷ Ignor/Wegner em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1277.

¹⁸⁸ Ignor/Wegner em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1278.

(ii) “Aptidão para instruir o processo” (*Eignung zur Verfahrensförderung*)¹⁸⁹: No que diz respeito à adequação para instruir o processo, tal como exigido pelo §202a, deve-se observar a disposição prevista no §160b *StPO*.¹⁹⁰ Segundo o “Superior Tribunal Regional” (*Oberlandesgericht*) de Nuremberg,¹⁹¹ a Corte deve assegurar não só que todas as questões pendentes sejam respondidas, mas também que sejam alcançados *resultados concretos* (para fins de êxito da tratativa). Por conseguinte, os debates devem ser programados de modo que se possa decidir imediatamente sobre eventual abertura do *Processo Principal* e, se for essa a conclusão, que se proceda ao agendamento da audiência de instrução. Neste contexto, a afirmação de que não é possível um acordo consensual entre as partes pode também ser um resultado benéfico para o processo.¹⁹²

(iii) “Conteúdo da Discussão” (*Inhalt der Erörterung*): O termo “discussão” (*Erörterung*), extraído do processo civil (§139 *Abs. 1 ZPO*), refere-se a um “debate abrangente” (*allseitige Aussprache*) entre o órgão judicial e as partes no processo, ante uma relação jurídica e factual. A audiência não deve, portanto, ser limitada à apresentação unilateral de opiniões. A análise da situação factual e jurídica deve ser fundamentada para que possa ser corretamente avaliada pelas partes envolvidas no que se refere a eventuais acordos sobre o andamento do processo. Assim, o conteúdo de uma discussão pode ser um “debate jurídico” (*Rechtsgespräch*) no decurso da qual ambas as partes no processo trocam pontos de vista, em especial, sobre os argumentos a favor e contra a abertura do *Processo Principal* ou sobre procedimentos (parcialmente) alternativos,¹⁹³ tais como:

(a) “arquivamento total e parcial” (*Teil- Einstellung*) nos termos dos §§153, 153-A, *StPO*; (b) a “limitação do processo a determinados fatos ou partes [do fato]” (*Beschränkung des Verfahrens auf bestimmte Taten oder Tatteile*), segundo os

¹⁸⁹ A expressão *Förderung* no contexto jurídico apresentado não faz sentido, a nosso ver, se traduzido por “promoção” ou “favorecimento”. Preferiu-se, portanto, adotar a linha interpretativa no sentido de “fomentar” ou “instruir”.

¹⁹⁰ *StPO*, §160b: O Ministério Público pode discutir o estado do processo com as partes, na medida em que isso pareça adequado para agilizar a demanda. O conteúdo essencial desta discussão deve ser documentado.

¹⁹¹ *OLG Nürnberg v. 26.4.2011, 1 Ws 125-126/11 = StV2011, 750, 752.*

¹⁹² *Ignor/Wegner em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1278.*

¹⁹³ *Ignor/Wegner em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1278.*

§§154, 154a, *StPO*; (c) a “retirada da acusação” (*Rücknahme der Anklage*), observando a limitação do §156, *StPO*;¹⁹⁴ (d) a “não abertura do Processo [Principal]” (*Nichteröffnung des Verfahrens*), consoante o §204, *StPO*; (e) a “transição para o processo sumário” (*Übergang ins Strafbefehlsverfahren*), competente para questões relativas aos delitos de baixa lesividade, penalizando, normalmente, com multa, advertência, proibição de dirigir, *etc.*; (f) “questões referentes à prisão” (*Haftfragen*); (g) “produção de provas no âmbito do Processo Intermediário” (*Beweiserhebung im Zwischenverfahren*).¹⁹⁵ Neste contexto, ressalte-se, os juízes togados podem também fazer um prognóstico preliminar das penas em caso de confissão.¹⁹⁶

Por derradeiro, frise-se, uma vez mais, que ao discutir questões de fato, o tribunal e as partes devem ter em conta que não pode o procedimento ser visto como uma antecipação da “audiência de instrução” (*Hauptverhandlung*), muito menos ser entendido como complementação de partes significativas do “Processo de Investigação” (*Ermittlungsverfahren*), corrigindo assim a negligência por parte das autoridades do Ministério Público. De acordo com a vontade do legislador, o conteúdo de uma discussão no âmbito do “Processo Intermediário” (*Zwischenverfahren*) pode também incluir a possibilidade e as circunstâncias de um acordo no *Processo Principal*.¹⁹⁷

b) Efeito vinculativo

As *discussões* em conformidade com o §202a *StPO* não possuem “efeito vinculativo” (*Bindungswirkung*).¹⁹⁸ Tal como previsto no §160b *StPO*,¹⁹⁹ nos casos

¹⁹⁴ Até a decisão final sobre a abertura do *Processo Principal* ou durante o *Processo Intermediário*, o Ministério Público pode retirar a acusação. Em sentido contrário, com supedâneo no “princípio da imutabilidade” (*Immutabilitätsprinzip*), dispõe o §156, *StPO*: A ação penal pública não pode ser retirada após a abertura do *Processo Principal*. *Beulke*: Strafprozessrecht, 12ª ed., p. 236. Com a abertura do processo, o Ministério Público perde basicamente o “poder de disposição” (*Dispositionsbefugnis*) sobre a ação penal pública e, em especial, já não pode mais modificá-la. Ver *BGHSt* 29, 224, 229. Há, todavia, exceções nos casos de crimes praticados no exterior ou contra a proteção [segurança] do Estado (*Auslands- oder Staatsschutzdelikte*), de modo que o Ministério Público pode retirar a acusação, conforme os §§153c *Abs.* 4, 153d *Abs.* 2, 153f *Abs.* 3 *StPO*.

¹⁹⁵ *Ignor/Wegner* em *Satzger/Schluckebier/Widmaier*: *StPO*, 4ª ed., p. 1279.

¹⁹⁶ *BGH* v.14.4.2011 – 4 StR 571/ 10 = StV 2011, 453, 454.

¹⁹⁷ *Ignor/Wegner* em *Satzger/Schluckebier/Widmaier*: *StPO*, 4ª ed., p. 1279.

¹⁹⁸ *BGH* v.21.11.2012 – 1 StR 391/ 12 = NStZ 2013, 411.

¹⁹⁹ Veja nota de rodapé nº 190.

em que o acusado tenha efetuado uma espécie de “prestação adiantada” (*Vorleistung*) – como, por exemplo, realizando uma confissão – e venha posteriormente invocar o caráter vinculativo de uma promessa judicial ainda realizada no curso de uma “discussão” (*Erörterung*), poderá, no máximo, pleitear uma indenização por razões de equidade do processo, isso se o denunciado não houver obtido o conhecimento da ausência de efeito vinculativo, o que pode ser assegurado por instruções adequadas. Assim, uma futura alegação de desconhecimento da falta de efeito vinculativo de uma confissão prometida, efetuada no âmbito de uma *discussão*, será normalmente ineficaz; em outras hipóteses, deve ser considerada como redução da pena.²⁰⁰⁻²⁰¹

c) Obrigação de documentar

Nos termos do §202a S. 2 *StPO*, o conteúdo essencial das “discussões” (*Erörterungen*) deve ser devidamente documentado nos autos, a fim de, por um lado, permitir a verificação do cumprimento das regras jurídicas dos acordos processuais penais e, por outro, evitar, na medida do possível, qualquer litígio desde o início sobre a questão de saber “se” (*ob*) e “como” (*wie*) se deve proceder ao “acordo” (*Deal*). Sublinhe-se que o tribunal é o responsável por proceder a documentação. No entanto, nem a omissão da documentação tampouco a sua inexatidão ou incompletude podem ser objeto de recurso pelas partes envolvidas. Se uma das partes, por seu turno, não tiver sido incluída no âmbito da *discussão*, devem ser informadas do seu conteúdo pelo magistrado, posteriormente, na audiência de instrução, em conformidade com o §243 *Abs. 4, StPO*.²⁰²⁻²⁰³

²⁰⁰ A confissão de um acusado é um motivo determinante para a dosimetria da pena de acordo com o §267 *Abs. 3, S. 1, StPO*. Só pode ser admitida a circunstância atenuante se, obviamente, não tiver sido realizada por um genuíno sentimento de remorso e culpa, mas, pelo contrário, for baseada em “provas robustas” (*erdrückende Beweise*); compare com *BGH v. 13.11.1997 – 4 StR 539/97, StV 1998, 481 e BGH v. 28.8.1997 – 4 StR 240/97, BGHSt 43, 195, 20*). *StPO*, §267 *Abs. 3, S. 1*: A sentença deve ainda especificar na sua fundamentação a disposição que foi aplicada e indicar as circunstâncias que foram decisivas para a determinação da pena.

²⁰¹ *Ignor/Wegner em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed.*, p. 1279-1280.

²⁰² *StPO*, §243, *Abs. 4*: O (magistrado) presidente indicará se foram realizadas discussões em conformidade com os §§202a e 212 e se houve possibilidade de um acordo (§257c) quanto ao objeto, de modo que, em caso afirmativo, [indicará] o seu conteúdo essencial. Esta obrigação é igualmente assumida no decurso da audiência de instrução na medida em que tenham ocorrido alterações relativamente às informações prestadas no início da mesma.

²⁰³ *Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed.*, p. 998.

d) Obrigação de comunicação na audiência de instrução

A *discussão*, segundo o §202a *StPO*, com vista a um possível acordo na audiência de instrução, sujeita-se à comunicação.²⁰⁴ Esta disposição destina-se a proteger o denunciado contra uma possível “junção de forças”²⁰⁵ (*Schulterschluss*) secretas entre o magistrado, o promotor e a própria a defesa, assegurando o controle público do poder judicial, tendo em vista que a admissão legal das comunicações entre as partes tende a ocorrer num ambiente confidencial – por vezes, sem a ciência do acusado. Assim, qualquer eventual aparência de uma *discussão* secreta sobre o resultado da reunião deve ser evitada,²⁰⁶ de modo que, em caso de dúvida, necessário sempre realizar a comunicação.²⁰⁷ Todavia, na hipótese de violação em realizar a comunicação ao denunciado, a alegação de um erro como esse somente pode ser desconsiderado, em sede de sentença, em casos excepcionais.²⁰⁸

e) Composição para a discussão

Os “juízes leigos” (*Laienrichter*) não desempenham qualquer papel jurídico no bojo do *Processo Intermediário*, mas apenas os “juízes togados” (*Berufsrichter*), os quais decidem questões pertinentes ao §202a, *StPO*. Desse modo, os juízes togados examinam se o órgão judicial tomará parte nas *discussões* com a sua composição completa ou se esta tarefa será atribuída a um único juiz.²⁰⁹ Relembre-se, aqui, que os juízes leigos somente tomam assento em órgãos colegiados.

6. Decisão de recebimento da denúncia

Se estiverem preenchidos os requisitos materiais previstos no §203, *StPO*, será proferida uma decisão admitindo a abertura do *Processo Principal*, cujo conteúdo é regulado em pormenor no §207 *StPO*. O §203, *StPO*, dispõe que o órgão judicial decide em abrir o *Processo Principal* se, de acordo com os resultados do

²⁰⁴ Sobre os requisitos a este respeito: *BGH* v. 15.1.2015 1 StR 315/14.

²⁰⁵ Em sentido de *conluio*.

²⁰⁶ *BGH* v.03.5.2017 – 2 StR 576/15.

²⁰⁷ *Ignor/Wegner* em *Satzger/Schluckebier/Widmaier*: *StPO*, 4ª ed., p. 1280.

²⁰⁸ *BVerfG* v.15.01.2015 – 2 BvR 2055/14.

²⁰⁹ *Schneider*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1226.

Processo de Investigação, o denunciado for considerado “suficientemente suspeito” (*hinreichend verdächtig*) de ter cometido a infração penal. Sublinhe-se que a decisão de instaurar o *Processo Principal* torna a questão legalmente “litispendente” (*rechtshängig*) perante o órgão judicial e cria um “impedimento ao processo” (*Verfahrenshindernis*) para outras demandas pelos mesmos fatos, além de interromper a prescrição (§78c *Abs. 1 Nr. 7* do Código Penal – *StGB*).²¹⁰

Anote-se, ainda, que o “domínio do processo” (*Verfahrensherrschaft*) é finalmente transferido para a corte competente, de modo que esta passa a ser o órgão judicial de conhecimento da causa. Por fim, oportuno frisar que nesta fase, quando é recebida a denúncia, o “denunciado” (*Angeschuldigter*) torna-se efetivamente “réu” (*Angeklagter*), nos termos do §157, *StPO*. Portanto, a decisão de recebimento marca o fim do *Processo Intermediário* inaugurando a fase do *Processo Principal*, oportunidade em que é designada a audiência de instrução.

a) Suspeita suficiente

De antemão, necessário esclarecer que, para o exame da “suspeita suficiente” (*hinreichender Tatverdacht*), devem ser consultados os documentos apresentados ao tribunal juntamente com a acusação (§199, *StPO*). O órgão judicial, por seu turno, considera todos os resultados úteis do processo investigativo documentados, não apenas os fatos e as provas descritas na denúncia. Além disso, outras conclusões extraídas da produção de provas efetuada no âmbito do *Processo Intermediário*, bem como a matéria de defesa suscitada pelo denunciado na fase do §201 *StPO*, são também incluídas no processo decisório.²¹¹

Posto isso, assinale que o termo “suspeita” (*Verdacht*) refere-se ao fato dos órgãos de investigação considerarem que foi cometido um crime com base em determinados indícios, de modo que, em função das provas disponíveis, os graus de suspeita variam de intensidade. Portanto, de acordo com o nível de suspeita estimado, pode-se autorizar ou não uma determinada medida judicial.

²¹⁰ *Reinhart em Radtke/Hohmann*: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 1009.

²¹¹ *Schneider*: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1230.

Assim, os “graus de suspeita” (*Verdachtsgrade*) subdividem-se em:

(i) “suspeita inicial” (*Anfangsverdacht*), conceito pelo qual se entende que, desde que baseado em indícios concretos, foi cometido um delito passível de investigação, não bastando a configuração de uma “mera suspeita” (*bloÙe Vermutung*).²¹² Averiguando, portanto, a presença de uma *suspeita inicial*, o Ministério Público deve iniciar o “Processo de Investigação” (*Ermittlungsverfahren*) contra o agente.²¹³ Além disso, a *suspeita inicial* autoriza determinadas “medidas invasivas” (*Zwangsmassnahmen*), tais como: a) o “exame físico” (*körperliche Untersuchung*), nos termos do § 81a *StPO*;²¹⁴ b) a “busca e apreensão e confisco de objetos para efeitos de prova” (*Sicherstellung und Beschlagnahme von Gegenständen zu Beweis Zwecken*), em conformidade com o §94, *StPO*.²¹⁵ c) o “monitoramento da telecomunicação” (*Telekommunikationsüberwachung*), de acordo com o §100a *StPO*;²¹⁶ d) a “busca pessoal no acusado” (*Durchsuchung beim Beschuldigten*), segundo o §102 *StPO*.²¹⁷⁻²¹⁸

(ii) “suspeita suficiente” (*hinreichender Tatverdacht*), de modo que o órgão judicial está obrigado a designar a audiência de instrução, por meio da “decisão de abertura” (*Eröffnungsbeschluss*), a partir do momento em que, segundo o processo investigativo, o denunciado for considerado *suficientemente suspeito* de ter perpetrado

²¹² Meyer-Gößner: Strafprozessordnung, 57ª ed., p. 735.

²¹³ Ver §§160 *Abs.* 1 e 152 *Abs.* 2, *StPO*.

²¹⁴ *StPO*, §81a: Pode ser ordenado um exame físico do acusado com o fim de apurar fatos relevantes para o processo. Para tal efeito, podem ser colhidas amostras de sangue e efetuados outros exames físicos por um médico, de acordo com as regras da medicina, para efeitos de exame, mesmo sem o consentimento do acusado, desde que não haja motivos para recear qualquer prejuízo para a sua saúde.

²¹⁵ *StPO*, §94: Os objetos que possam ser relevantes como elementos de prova para a investigação devem ser levados sob custódia ou de outra forma assegurados.

²¹⁶ *StPO*, §100a, *Abs.* 1: Mesmo sem o conhecimento das pessoas envolvidas, a telecomunicação pode ser monitorada e registrada se **1.** certos fatos levantam a suspeita de alguém que, como autor ou partícipe, cometeu uma infração grave referida no *Abs.* 2, nos casos em que a tentativa é punível, tentou cometer ou se preparou para cometer uma infração; **2.** a infração também é grave no caso concreto e **3.** a investigação dos fatos ou a determinação do paradeiro do acusado seria de outro modo substancialmente dificultada ou inútil.

²¹⁷ *StPO*, §102: Qualquer pessoa suspeita de ter cometido ou participado de uma infração penal ou de ter retido, incitado, obstruído ou receptado dados pode ser ordenado revistar a sua casa e outras instalações, bem como a sua pessoa e bens, tanto para efeitos de apreensão como se for de presumir que a busca conduzirá à descoberta de provas.

²¹⁸ Conferir Bosch, Eschelbach e Hadamitzky em Satzger/Schluckebier/Widmaier: *StPO*, 4ª ed., p. 375-444-526-599.

a ação delituosa, isto é, quando a expectativa de condenação for fortemente provável.²¹⁹ É o que acontece se o grau de probabilidade de ocorrência do fato supostamente delituoso exceder a 50%.²²⁰⁻²²¹ Inexistente, portanto, o princípio *in dubio pro societate* para fins de decisão de recebimento de denúncia. Nesse prisma, *Roxin e Schünemann* advertem, que *o interesse público*²²² *na realização do Processo Principal não pode jamais substituir essa suspeita do fato.*²²³

- **Observação:** sob a perspectiva da promotoria, ao avaliar o cabimento ou não do oferecimento da denúncia, segundo §170, *StPO*, é necessário considerar:
- 1º. a partir do momento em que o “Processo de Investigação” (*Ermittlungsverfahren*) estiver concluído, o Ministério Público deve, portanto, realizar um “prognóstico” (*Prognose*) sobre *se e em que medida* a culpa do acusado pode ser reconhecida no decurso do processo e, em caso afirmativo, se uma condenação é mais provável do que uma absolvição após a audiência de instrução;²²⁴
- 2º. as “dúvidas sobre o fato” (*tatsächliche Zweifel*) não impedem o Ministério Público de propor a ação penal pública. No caso de um resultado inconclusivo das provas, especialmente na hipótese de declarações contraditórias de testemunhas ou laudos periciais, o Ministério Público deve fazer um prognóstico sobre o desenrolar do processo. Nesta fase, não se impõe ao Ministério Público a obrigação de estar convencido dos fatos em que se baseia a acusação. A elucidação das contradições pode ser deixada à apreciação da

²¹⁹ *BGHSt* 53, 238, 242 f.

²²⁰ *Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung*, 1ª ed., p. 999.

²²¹ Parcela da doutrina lança críticas ao *Processo Intermediário* sustentando que, em caso de decisão de recebimento da denúncia, o órgão judicial, pelo menos do ponto de vista externo, sobrecarrega o acusado no âmbito da audiência de instrução, porquanto declara a existência de *suspeita suficiente* de uma ação punível. Por outro lado, defender a supressão do *Processo Intermediário* significaria renunciar precipitadamente a proteção do imputado com o fim de obstar a instauração do *Processo Principal*. Buscando uma maior eficiência para o *Processo Intermediário*, há quem defenda a posição no sentido de que a solução correta consistiria em não atribuir a competência da decisão de recebimento aos mesmos magistrados que decidirão futuramente a causa, mas, sim, a outro “órgão judicial ou juiz singular” (*Eröffnungsgericht oder Eröffnungsrichter*). Ver *Roxin/Schünemann: Strafverfahrensrecht*, 27ª. ed. p. 331-332.

²²² Compare com a nota de rodapé nº 19.

²²³ “*Ein öffentliches Interesse an der Durchführung einer Hauptverhandlung kann diesen Tatverdacht niemals ersetzen*”. *Roxin/Schünemann: Strafverfahrensrecht*, 27ª. ed. p. 335.

²²⁴ *Moldenhauer: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1176.

audiência de instrução.²²⁵ O princípio *in dubio pro reo* não se aplica à resolução do promotor ao abrigo do §170. No máximo, pode desempenhar um papel indireto ao influenciar no prognóstico sobre a probabilidade de uma condenação;²²⁶

- 3º. as “dúvidas jurídicas” (*rechtliche Zweifel*) quanto à responsabilidade penal dos fatos não devem impedir, da mesma forma, o Ministério Público de intentar a ação penal pública, desde que exista jurisprudência pacífica no âmbito do Tribunal Superior.²²⁷ Até porque se, neste caso, fosse permitido ao Ministério Público o direito de gerir o monopólio da ação penal que lhe foi atribuído (§152. Abs. 1, StPO), de uma forma que não seguisse a orientação dos tribunais superiores, a uniformidade da aplicação da lei seria destruída, a igualdade perante a lei restaria eliminada e o curso legal da persecução penal seria indevidamente inibido por “considerações de oportunidade” (*Opportunitätserwägungen*). Ao final, a persecução penal dependeria da opinião do *Executivo*,²²⁸ o que significaria ignorar o princípio da separação de Poderes.²²⁹ Em contrapartida, se a jurisprudência fixada por Tribunal Superior considerar uma conduta atípica, mas o Ministério Público entender como criminosa, pode, sim, formular uma acusação, em conformidade com o princípio da legalidade, “a fim de obter um novo controle judicial sobre tal posicionamento jurídico” (*um so eine erneute gerichtliche Überprüfung dieser Rechtsmeinung zu erreichen*). Se ainda não tiver sido desenvolvida jurisprudência no âmbito do Tribunal Superior sobre uma questão jurídica ou se existirem decisões contraditórias, o Ministério Público deve decidir sob a sua própria responsabilidade.²³⁰ Obviamente, se existir “um impedimento processual sanável” (*ein behebbares Verfahrenshindernis*) ou se houver uma condição prévia conforme o princípio da oportunidade, como, por exemplo,

²²⁵ BGH NJW 1970, 1543, 1544.

²²⁶ OLG Karlsruhe Justiz 2003, , 272; OLG Bamberg NStZ 1991, 252. Moldenhauer: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1176.

²²⁷ BGHSt 15, 155, 158; OLG Zweibrücken NStZ 2007, 420.

²²⁸ Na Alemanha, o Ministério Público é considerado parte integrante do Poder Executivo.

²²⁹ Moldenhauer: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1176.

²³⁰ BGHSt 15, 155, 158 = NJW 1960, 2346. Moldenhauer: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1176.

abrir mão da ação penal em caso de questões insignificantes (ver: §153ss, *StPO*), não será o caso de ajuizamento da ação penal.²³¹

(iii) “suspeita grave” (*dringender Tatverdacht*) que, de acordo com todos os resultados da investigação, há um elevado grau de probabilidade do acusado ter cometido um crime como autor ou partícipe. Se for caracterizada a *suspeita grave*, existe a possibilidade, por exemplo, de decretação de “prisão preventiva” (*Untersuchungshaft*), nos termos do §112, *StPO*,²³² ou de “detenção provisória” (*Vorläufige Festnahme*), segundo o §127, *StPO*,²³³ bem como o “confisco provisório da carteira de motorista” (*Vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis*), conforme o §111a, *StPO*.²³⁴⁻²³⁵

b) Recebimento da denúncia sem alterações

Na prática, ao receber a denúncia, o órgão judicial normalmente assevera como frase chavão: “A acusação do Ministério Público... de... contra... em razão de... é admitida para a audiência de instrução e julgamento”. Com isso, torna a “frase-núcleo” (*Anklagesatz*) parte integrante da decisão de abertura do *Processo Principal*.²³⁶ Se, todavia, a denúncia contiver uma “apreciação inadmissível de provas” (*unzulässige Beweiswürdigung*) ou “vício” (*Mängel*) que não a tornem ineficaz, mas que prejudique a “função de informação” (*Informationsfunktion*), a reformulação pelo tribunal não só é admissível como também recomendável.²³⁷ Assim, é necessário incluir esses vícios já no corpo da decisão de recebimento,

²³¹ *Moldenhauer*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1176.

²³² *StPO*, §112: A prisão preventiva pode ser decretada contra o acusado se houver suspeita grave de ter cometido o crime e se contiver um fundamento de prisão [que a justifique]. [...]. Exemplos de fundamentos de prisão: “perigo de fuga” (*Fluchtgefahr*), “perigo de escurecimento” [v.g. destruir provas] (*Verdunkelungsgefahr*), “perigo de repetição [do delito]” (*Wiederholungsgefahr*).

²³³ *StPO*, 127 *Abs.* 2: O Ministério Público e os agentes dos serviços de polícia estão autorizados a efetuar detenções provisórias em caso de perigo iminente, se estiverem reunidas as condições de um mandado de prisão ou de uma ordem de internação.

²³⁴ *StPO*, §111a: Se houver razões urgentes para crer que a carteira de motorista será retirada (§69 do Código Penal – *StGB*), o juiz pode, por despacho, confiscá-la provisoriamente. [...]

²³⁵ Conferir *Harrendorf e Herrmann* em *Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO*, 4ª ed., p. 646-713-893.

²³⁶ *BGH v. 3.10.1979 – 3 StR 327/79 (S)*, GA 1980, 108.

²³⁷ *Reinhart* em *Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung*, 1ª ed., p. 1009.

reescrevendo ou reformulando a *frase-núcleo* da acusação,²³⁸ porém, sem alteração substancial do que foi apresentado na denúncia.

c) Recebimento da denúncia com alterações

De acordo com o §207 *Abs. 2 Nr. 1 a 4, StPO*, estão previstas as possibilidades de recebimento da denúncia com modificação, a saber:

(i) Recebimento parcial: nos termos do §207 *Abs. 2 Nr. 1*, se a acusação apontar vários fatos ou denunciados, a decisão de abertura pode ser limitada a somente alguns deles.²³⁹ Tecnicamente, isso é feito por meio de uma combinação entre a decisão de abertura do *Processo Principal* conjugada com outra de rejeição nos termos do §204, *StPO*. Por razões de segurança jurídica, ambas as decisões em conjunto devem tratar exaustivamente sobre o material acusatório, tanto em termos dos fatos, como em relação aos agentes envolvidos.²⁴⁰

(ii) Aplicação do §154a, *StPO*: o §207 *Abs. 2 Nr. 2, StPO*, dispõe que o órgão jurisdicional deve especificar na decisão de abertura as alterações com que permitirá à acusação proceder à audiência de instrução, se a persecução penal nos termos do §154a for limitada às partes individuais divisíveis de um fato ou voltar a incluir essas mesmas partes no processo. O §154a, por sua vez, permite a limitação da persecução penal a determinadas partes de um fato ou a determinados tipos penais em virtude de economia processual,²⁴¹ de maneira que não está autorizado excluir fatos ou aspectos jurídicos que possam conduzir a um aumento considerável da culpa e da punição.²⁴² Anote-se que, enquanto não tiver sido oferecida a denúncia, o Ministério Público pode voltar atrás e anular limitação da persecução penal em qualquer momento.²⁴³ Já o §207 *Abs. 2 Nr. 4, StPO*, no mesmo sentido que o *Nr. 2* acima citado, determina que, na decisão de abertura, o órgão judicial deve especificar as

²³⁸ *Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1289.*

²³⁹ *OLG Düsseldorf MDR, 1979, 695; Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 1010.*

²⁴⁰ *Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 1010.*

²⁴¹ *BGH v. 10.7.2001 – 1 StR 193/01.*

²⁴² *Diemer: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1014.*

²⁴³ *Schnabl em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1151.*

alterações por meio das quais admite a realização da audiência de instrução, se a acusação, ao abrigo do §154a, limitar-se a qualquer uma das várias violações da lei cometidos pelo mesmo delito ou se essas violações forem novamente introduzidas no processo.²⁴⁴

(iii) Outra apreciação jurídica: conforme se extrai dos termos do §207 *Abs. 2 Nr. 3, StPO*, o órgão judicial é livre para apreciar o material acusatório divergindo da opinião do membro do Ministério Público.²⁴⁵ Nesse caso, a decisão de recebimento da denúncia deve ser clara ao indicar quais fatos devem preencher os elementos constitutivos do tipo legal, bem como as circunstâncias que levaram o órgão judicial a proceder a uma apreciação jurídica diferente.²⁴⁶ Saliente-se que as diferentes apreciações jurídicas podem, inclusive, afetar a competência do tribunal (§§209, 209a, *StPO*), de modo que se o órgão judicial perante o qual foi ofertada a denúncia considerar que a competência deve ser deslocada para um tribunal de grau superior cuja jurisdição pertence, submeterá o processo, por meio do Ministério Público, a esse último para proferir decisão (§209, *Abs. 2, StPO*). Essa disposição abrange igualmente o caso em que órgão judicial considere que o ato imputado constitui uma mera “contravenção” (*Ordnungswidrigkeit*).²⁴⁷

Por último, registre que o §207 *Abs. 3, StPO*, apregoa que nos casos previstos do §207 *Abs. 2 Nr. 1 e 2, StPO*, o Ministério Público apresentará uma nova acusação correspondente. Contudo, pode ser dispensada a apresentação do “resultado substancial das investigações” (*wesentliches Ergebnis der Ermittlungen*).

²⁴⁴ *StPO*, 154a: *Abs. 2* Após o oferecimento da denúncia, o tribunal, com a anuência do Ministério Público, pode introduzir esta limitação em qualquer fase do processo. *Abs. 3*. O tribunal pode, em qualquer fase do processo, reintroduzir nos autos as partes da infração ou violações da lei que não tenham sido consideradas [...].

²⁴⁵ Veja também: *StPO*, §206: O tribunal não está vinculado na formulação de sua decisão aos requerimentos do Ministério Público.

²⁴⁶ *BGH v. 22.7.1970 – 3 StR 237/69, BGHSt 23, 304 = NJW 1970, 2071.*

²⁴⁷ *Schneider*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1251.

d) Prisão preventiva e internação

Segundo o §207 *Abs.* 4, *StPO*, o órgão judicial decide ao mesmo tempo e de ofício, no ato de recebimento, se a “prisão preventiva” (*Untersuchungshaft*) ou a “internação provisória” (*einstweiligen Unterbringung*) devem ser decretadas ou mantidas.

e) Aspectos relacionados à formalidade da decisão

A decisão de abertura deve ser escrita,²⁴⁸ embora a redução a termo de uma decisão realizada oralmente é equivalente à forma escrita.²⁴⁹ Não obstante, se a decisão de recebimento não for proferida por escrito, o processo é, em qualquer caso, suspenso de ofício em virtude de “impedimento ao processo” (*Verfahrenshindernis*), mesmo que se possa provar de forma fiável, com base nas declarações oficiais prestadas pelo magistrado no exercício da função, que ele decidiu efetivamente deflagrar o processo oralmente.²⁵⁰ O cumprimento rigoroso da forma escrita é necessário, porquanto garante-se, sem margem para dúvidas, que os requisitos processuais podem ser verificados em todas as fases do processo.²⁵¹

A “fundamentação” (*Begründung*), por sua vez, não é necessária se a acusação for admitida *sem alterações*, salvo se os “requerimentos ou objeções” (*Anträge oder Einwendungen*) forem rejeitados simultaneamente.²⁵² Já a rejeição parcial nos termos do §207 *Abs.* 2 *Nr.* 1, *StPO*, bem como a abertura perante um tribunal de jurisdição inferior nos termos do §209, *Abs.* 1, *StPO*, devem ser fundamentadas, porque essas decisões podem ser impugnadas pelo Ministério Público nos termos do §210 *Abs.* 2, *StPO*.²⁵³⁻²⁵⁴

²⁴⁸ *OLG Düsseldorf* v. 8.12.199 – 2 Ws 358 – 362/99, NStZ-RR 2000,111.

²⁴⁹ *BGH* v. 3.5.2001 – 4 StR 59/01, NStZ-RR 2002, 68.

²⁵⁰ *BGH* NStZ-RR 2012, 583; *OLG Zweibrücken* NStZ-RR 2009, 287.

²⁵¹ *BGH* NStZ-RR 2011, 150, 151; *OLG Zweibrücken* NStZ-RR 2009, 287.

²⁵² *Schneider*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1253.

²⁵³ *Schneider*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1253.

²⁵⁴ *StPO*, §34: As decisões sujeitas a recurso e às decisões de indeferimento de requerimento devem ser fundamentadas.

Por fim, a ciência da decisão é realizada por notificação ao denunciado (§215 combinado com o §145a *Abs.* 1 e 3, ambos do *StPO*) e por comunicação ao Ministério Público, ao querelante (na ação penal privada), bem como ao assistente de acusação (§385 *Abs.* 1 S. 2 e §397 *Abs.* 1, *StPO*). Se a decisão rejeita parcialmente a acusação, deve, do mesmo modo, também ser comunicada aos mesmos (§35 *Abs.* 2 S. 1 e §41, *StPO*).²⁵⁵

f) Ausência da decisão de recebimento da denúncia

Ponto que suscita discussão na doutrina e nos tribunais é a “ausência ou vício da decisão de abertura” (*Fehlender oder mangelhafter Eröffnungsbeschluss*). Em caso de ausência da decisão de recebimento, inevitavelmente, acarretará em “impedimento ao processo” (*Verfahrenshindernis*).²⁵⁶ Existe controvérsia, no entanto, sobre a possibilidade de “apresentação posterior” (*Nachholung*) de uma ordem de abertura do *Processo Principal*, logo no início da audiência de instrução, ou se deve ser proferida uma “sentença de arquivamento” (*Einstellungsurteil*) nos termos do §260 *Abs.* 3, *StPO*,²⁵⁷ de modo que, se necessário, pode ser apresentada uma nova denúncia.²⁵⁸

De acordo com a jurisprudência pacífica e a parcela minoritária da doutrina, é possível apresentar posteriormente a decisão de abertura do processo, mesmo no âmbito da audiência de instrução de primeira instância,²⁵⁹ desde que seja dispensado o prazo de citação conforme o §217 *Abs.* 3, *StPO*.²⁶⁰⁻²⁶¹ Por outro lado, a doutrina dominante rejeita a apresentação posterior da ordem de abertura no âmbito

²⁵⁵ *Schneider*: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1253.

²⁵⁶ *BGHSt* 5, 225 (227); 10, 278 (279).

²⁵⁷ *StPO*, §260, *Abs.* 3: O arquivamento do processo deve ser decretado em sede de sentença, se houver um impedimento ao processo.

²⁵⁸ *Beulke*: Strafprozessrecht, 12ª ed., p. 239; *Kindhäuser/Schumann*: Strafprozessrecht, 5ª. ed, p. 212.

²⁵⁹ *BGHSt* 29, 224, (228); *BGH* NStZ-RR 2011, 150 (151). Ver *Ritscher* em *Graf*: Strafprozessordnung, 2. ed., p. 875.

²⁶⁰ *StPO* §217, *Abs.* 3: (3) O réu pode renunciar ao decurso do prazo [de citação]. Para melhor compreensão deste dispositivo, necessário aplicá-lo de acordo com o §217, *Abs.* 1, *StPO*, o qual dispõe: *Deve haver um período de pelo menos uma semana entre a citação (§216) e a data da audiência de instrução.*

²⁶¹ *BGHSt* 29, 224 (230).

da audiência de instrução.²⁶² A razão para tal posicionamento é a desvalorização prolongada da decisão de abertura do processo como “requisito processual” (*Verfahrensvoraussetzung*) e a “função protetora da forma” (*Schutzfunktion der Form*), de maneira que ambas restariam prejudicadas.²⁶³

Necessário ainda acrescentar que se não constar qualquer decisão de recebimento no processo – nem mesmo na hipótese em que a jurisprudência admite a apresentação posterior na audiência de instrução – obrigatoriamente será determinado o arquivamento. Submetida a questão ao Tribunal em sede de recurso de “Revisão” (*Revision*), do mesmo modo o processo será arquivado estando fora de questão a remessa dos autos da instância *ad quem* para *a quo* com a finalidade de proferir a decisão de abertura.²⁶⁴⁻²⁶⁵

g) Vícios na decisão de recebimento da denúncia

A decisão de recebimento pode conter vícios *formais*, *materiais* ou *processuais*, bem como os que foram nele incorporados no bojo da *frase-núcleo*.²⁶⁶ Todos os vícios supramencionados devem ser distinguidos seja por prejudicarem a sua função como requisito processual ou pelo fato do erro ser irrelevante.²⁶⁷ Assim, se uma ordem de abertura contiver vício, o grau de deficiência será decisivo para fins de declaração da nulidade, de modo que deve se proceder a distinção entre vícios graves e brandos.²⁶⁸ O critério de delimitação decisivo é a medida em que se permite a realização de uma *defesa adequada* com base na decisão de recebimento e nas informações nela contidas.²⁶⁹ Embora os vícios graves conduzam à nulidade da

²⁶² Conferir *Kindhäuser/Schumann*: Strafprozessrecht, 5ª. ed, p. 212.

²⁶³ *Kindhäuser/Schumann*: Strafprozessrecht, 5ª. ed, p. 212.

²⁶⁴ *BGHSt* 10, 278 (279); 29, 224. *Kindhäuser/Schumann*: Strafprozessrecht, 5ª. ed, p. 212.

²⁶⁵ Sublinhe-se, nessa celeuma, que perde-se o objeto da discussão se a apresentação posterior da ordem de abertura do *Processo Principal* somente sobrevier no bojo da “audiência de apelação” (*Berufungsverhandlung*). Para maiores informações sobre a *audiência de apelação*, conferir *Kindhäuser/Schumann*: Strafprozessrecht, 5ª. ed, p. 377.

²⁶⁶ *Reinhart em Radtke/Hohmann*: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 1012.

²⁶⁷ *Reinhart em Radtke/Hohmann*: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 1012.

²⁶⁸ *Kindhäuser/Schumann*: Strafprozessrecht, 5ª. ed, p. 212.

²⁶⁹ Compare com *BGH StV* 1996, 362. *Kindhäuser/Schumann*: Strafprozessrecht, 5ª. ed, p. 212.

decisão de abertura do processo²⁷⁰ em virtude de ausência de *requisito processual*, deficiências brandas podem ser convalidadas no âmbito da audiência de instrução.²⁷¹

Ab initio, cite-se o vício quando há integração da *frase-núcleo*, funcionalmente deficiente, no âmbito da decisão de abertura do processo, o que, por via de consequência, torna o ato decisório nulo. Em outras palavras, se o ato de recebimento incorporar um “vício de delimitação” (*Umgrenzungsmängel*) consubstanciado na denúncia, a decisão será inválida. Outra espécie de vício que gera celeuma é a ausência de assinatura do juiz no corpo da decisão. De acordo com o posicionamento dominante, uma decisão do órgão judicial que determinar a abertura de um processo pode ser válida, apesar da ausência de assinatura do magistrado, desde que tenha sido efetivamente tomada a decisão e não se trate apenas de uma “minuta” (*Entwurf*).²⁷² No entanto, existe posicionamento, embora minoritário, que o processo de abertura somente é válido se constar a assinatura do magistrado.²⁷³ Isso porque somente com a assinatura, com a qual a responsabilidade pela ordem de abertura é assumida, que se estabelece que o conteúdo foi realmente autorizado pelo emitente da decisão.²⁷⁴

Além da análise sobre o grau do vício em relação a ausência de assinatura do magistrado, outra questão controversa diz respeito à participação de um juiz impedido de acordo com as hipóteses previstas nos §§22 e 23 do *StPO*.²⁷⁵ Embora o “Superior Tribunal Federal” (*Bundesgerichtshof*) e, aparentemente, a opinião

²⁷⁰ *BGH GA* 1980, 108; *NStZ* 1984, 133.

²⁷¹ *BGH GA* 1980, 108 (109). *OLG Karlsruhe JR* 1991, 36 (37).

²⁷² *BayObLG NStZ* 1989, 489; *OLG Düsseldorf NStZ-RR* 2000, 114. Compare também com *OLG Karlsruhe StraFO* 2003, 273. *Kindhäuser/Schumann: Strafprozessrecht*, 5ª. ed, p. 213.

²⁷³ *OLG Frankfurt NJW* 1991, 2849 (2850). *Kindhäuser/Schumann: Strafprozessrecht*, 5ª. ed, p. 213.

²⁷⁴ *Kindhäuser/Schumann: Strafprozessrecht*, 5ª. ed, p. 213.

²⁷⁵ *StPO*, §22: Um juiz é impedido por lei de exercer a judicatura, **1.** se ele próprio for vítima do crime; **2.** se for ou tiver sido o cônjuge, o parceiro, o tutor ou o responsável pelo acusado ou pela pessoa vítima do crime; **3.** se for ou tiver sido parente do acusado ou da vítima em linha reta por parentesco ou afinidade, por parentesco até ao terceiro grau na linha colateral, ou por afinidade até o segundo grau; **4.** se agiu, no caso, como membro do Ministério Público, agente de polícia, advogado da vítima ou advogado de defesa; **5.** se tiver sido ouvido no caso como testemunha ou perito. *StPO*, §23: **1.** Um juiz que tenha participado de uma decisão impugnada em sede de recurso é excluído por lei de participar da decisão em uma instância superior; **2.** o juiz que tenha participado de uma decisão impugnada por um pedido de revisão criminal é excluído, de pleno direito, de tomar decisões do novo julgamento. Se a decisão impugnada tiver sido tomada em uma instância superior, o juiz que participou da decisão na instância inferior será igualmente excluído. [...]

dominante não entendam pela invalidade,²⁷⁶ a posição contrária considera violado o artigo 101 *Abs.* 1, da “Lei Fundamental” (*Grundgesetz*).²⁷⁷⁻²⁷⁸ O posicionamento majoritário baseia-se numa “menor importância” (*geringere Bedeutung*) da decisão de abertura do processo em comparação com a sentença de mérito.²⁷⁹ Por outro lado, as preocupações existentes quanto ao significado e à finalidade das causas de impedimento são tão graves que parece correto não só considerar que uma decisão de abertura de um processo contém vício intransponível, de modo que não haveria uma ordem judicial efetiva se o magistrado, por exemplo, profere decisão de abertura do *Processo Principal* em que a vítima fosse a sua própria mulher.²⁸⁰

Sobre outros vícios, os quais não geram nulidades, podem ainda ser mencionados: (i) a incompetência do órgão judicial de decidir sobre a abertura do *Processo Principal*;²⁸¹ (ii) a não designação do órgão judicial competente na decisão de abertura;²⁸² (iii) a decisão de abertura ser proferida com base em acusação proveniente de um promotor incompetente;²⁸³ (iv) a decisão de abertura ser proferida com base em documentos incompletos;²⁸⁴ (v) a decisão de abertura contiver apreciação inadequada das investigações;²⁸⁵ (vi) a decisão de abertura omitir a indicação de um advogado de defesa exigida pelo §141, *StPO*.²⁸⁶⁻²⁸⁷

²⁷⁶ *BGHSt* 29, 351 (354 ss); *BGH* NStZ 1985, 464 (465). Ver também *Meyer-Goßner*: *Strafprozessordnung*, 57ª ed., p. 918.

²⁷⁷ *GG*, §101 *Abs.* 1: São proibidos os tribunais de exceção. Ninguém pode ser privado de seu juiz legal.

²⁷⁸ *OLG Frankfurt* StV 2001, 496 ss.

²⁷⁹ *Kindhäuser/Schumann*: *Strafprozessrecht*, 5ª. ed, p. 213.

²⁸⁰ *Kindhäuser/Schumann*: *Strafprozessrecht*, 5ª. ed, p. 212-213.

²⁸¹ *BayObLG* v. 22 11. 1974 – Rreg 4 St 64/74, JR 1975, 202.

²⁸² *Reinhart em Radtke/Hohmann*: *Strafprozessordnung*, 1ª ed., p. 1013.

²⁸³ *Reinhart em Radtke/Hohmann*: *Strafprozessordnung*, 1ª ed., p. 1013.

²⁸⁴ *Reinhart em Radtke/Hohmann*: *Strafprozessordnung*, 1ª ed., p. 1013.

²⁸⁵ *BGH* v. 18.1.1983 – 5 StR746/82, NStZ 1984, 15.

²⁸⁶ *OLG Düsseldorf* v. 25.9.1991 – 5 Ss 361/91 – 118/91 I, VRS 82, 126.

²⁸⁷ *StPO*, §141: (1) Nos casos de urgência de defesa, deve ser nomeado, sem demora, um defensor público para o acusado a quem tenha sido imputado infração e que ainda não tenha um advogado de defesa, se o acusado o requerer expressamente após ter sido informado [sobre tal direito]. A decisão sobre o pedido deve ser tomada, o mais tardar, antes do acusado ser interrogado ou ter realizado acareação [com ele]. (2) Independentemente de um requerimento, será nomeado um defensor público para o acusado que ainda não tenha um advogado de defesa, em casos de urgência na defesa, logo que 1. deve ser apresentado a um tribunal para decidir sobre a prisão ou a internação temporária 2. se sabe que o acusado, a quem a imputação foi apresentada, se encontra numa prisão, com base numa ordem ou autorização judicial; 3. se torne evidente no *Processo de Investigação* que o acusado não está em condições de se defender, particularmente, em caso de interrogatório ou acareação 4. O acusado foi chamado a fazer uma declaração sobre a denúncia nos termos do §201, *StPO*; se só mais tarde se

h) Convalidação do vício da decisão de recebimento da denúncia

De acordo com a opinião unânime, é possível a convalidação do vício no âmbito da audiência de instrução,²⁸⁸ de modo que se for considerada, o órgão judicial deve fazer uso dela por razões de economia processual.²⁸⁹ A convalidação pode ser levada em conta se o número necessário de juízes não tiver participado da decisão de abertura.²⁹⁰ O erro pode ainda ser corrigido, sendo, portanto, eliminado, se o objeto do processo não estiver suficientemente especificado no âmbito da *frase-núcleo* da denúncia.²⁹¹ Independentemente de qualquer questão, a convalidação deve, em todo o caso, ser registrada na ata de audiência como uma formalidade processual essencial.²⁹²

i) Revogação ou reformulação da decisão de recebimento da denúncia

Não é possível a alteração de conteúdo ou mesmo a revogação de uma decisão de abertura depois de proferida.²⁹³ Além de ser dogmaticamente inaceitável, é difícil justificar a revogação, mesmo que a *suspeita suficiente* de um crime seja posteriormente suprimida. Isso porque pode prejudicar o interesse do réu em sua “reabilitação pública” (*öffentlicher Rehabilitation*) ao subtrair o seu direito de ter reconhecido o estado de inocência por meio de uma sentença absolutória.²⁹⁴ Por outro lado, seria plausível também argumentar se, com o consentimento do acusado, poder-se-ia admitir a revogação da decisão de recebimento, tendo em vista o interesse do acusado em ser poupado do constrangimento de um julgamento.²⁹⁵

verificar que é necessária a cooperação de um advogado de defesa, este será imediatamente nomeado.
[...]

²⁸⁸ BGH GA 1980, 108.

²⁸⁹ Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1290.

²⁹⁰ Schneider: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1257.

²⁹¹ Schneider: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1257.

²⁹² BGH NStZ 1984, 133.

²⁹³ BayObLG 1998, 127 = NStZ-RR 199, 111). Ver: Schneider: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1253. Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO, 4ª ed., p. 1290; Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 1013.

²⁹⁴ Reinhart em Radtke/Hohmann: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 1013.

²⁹⁵ Schneider: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1254.

Nesse ponto, o posicionamento majoritário aduz que não há regulamentação a colmatar o aperfeiçoamento da lei como condição metodologicamente necessária para justificar o poder do tribunal de revogar uma ordem de abertura emitida.²⁹⁶ Assim, um eventual reconhecimento da possibilidade de revogação da decisão de abertura não seria possível, porque além de não estar previsto em lei, levaria invariavelmente a uma alteração profunda do “Processo Intermediário” (*Zwischenverfahren*).²⁹⁷ Contudo, registre-se que, do ponto de vista legal, há uma hipótese em que se admite a revogação, prevista no §33a *StPO*,²⁹⁸ circunstância em que se nega ao denunciado no bojo do processo de abertura o “direito de ser ouvido” (*Anspruch auf rechtliches Gehör*).²⁹⁹

j) Impugnação da decisão de recebimento da denúncia

O réu pode se utilizar da “reclamação” (*Beschwerde*) contra um provimento judicial que sopesse em seu desfavor, conforme estipula o §207 *Abs.* 4, *StPO*,³⁰⁰ mas não pode fazê-lo em relação à decisão de abertura do processo nos termos do §210 *Abs.* 1, *StPO*.³⁰¹⁻³⁰² No caso de uma decisão com fundamento no §207 *Abs.* 2 *Nr.* 1,³⁰³ o Ministério Público tem direito a propor a *reclamação* nos moldes do §210 *Abs.* 2, *StPO*.³⁰⁴ A admissão – sem alterações – da acusação, bem como as decisões de acordo com o §207 *Abs.* 2 *Nr.* 2-4³⁰⁵ não podem ser atacadas.³⁰⁶ Se o

²⁹⁶ *Schneider*: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1254.

²⁹⁷ *Schneider*: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7ª ed., p. 1254.

²⁹⁸ *StPO*, §33a: Se, por decisão, o Tribunal de Primeira Instância tiver violado o direito de ser ouvido de uma das partes no processo que lhe foi submetido e a parte em causa não tiver qualquer direito de recurso ou de qualquer outra forma de reparação em relação à decisão proferida, restabelecerá, de ofício ou a pedido, se a parte em causa ainda for prejudicada no que tange à situação que existia antes da prolação da decisão. [...].

²⁹⁹ *Reinhart em Radtke/Hohmann*: Strafprozessordnung, 1ª ed., p. 1013.

³⁰⁰ *StPO*, §207 *Abs.* 4: Ao mesmo tempo, o tribunal decide *ex officio* da ordem ou da continuação da prisão preventiva ou da internação temporária.

³⁰¹ *StPO*, §210 *Abs.* 1: A decisão de abertura do *Processo Principal* não pode ser impugnada pelo réu.

³⁰² *Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier*: StPO, 4ª ed., p. 1291.

³⁰³ *StPO*, §207 *Abs.* 2: O órgão jurisdicional deve especificar na decisão as alterações com que permitirá a acusação proceder à audiência de instrução, se *1.* é acusado de várias infrações e para algumas delas é recusada a abertura do *Processo Principal*.

³⁰⁴ *StPO*, §210 *Abs.* 2: O Ministério Público tem o direito de propor *reclamação* contra a decisão que recusar abertura do *Processo Principal* ou o pedido do Ministério Público de remeter o processo para uma instância inferior.

³⁰⁵ *StPO*, §207 *Abs.* 2: O órgão jurisdicional deve especificar na decisão as alterações com que permitirá a acusação proceder à audiência de instrução, se *2.* a persecução penal nos termos do §154a é limitada a partes individuais divisíveis de um fato ou se tais partes são reintegradas no processo, *3.* o

processo de abertura atrasar num contexto que afete a prescrição da pretensão punitiva, o Ministério Público faz jus à “reclamação por omissão” (*Untätigkeitsbeschwerde*).³⁰⁷ No bojo do “processo de revisão” (*Revisionsverfahren*), uma decisão de abertura viciada deve ser tomada *ex officio*, como requisito processual inexistente, de modo que se deve arquivar a demanda.³⁰⁸

7. Decisão de não recebimento da denúncia

A rejeição da instauração do *Processo Principal* pode se basear em questões de fato ou de direito, conforme anuncia o §204, *StPO*. A primeira divide-se na ausência de demonstração da culpabilidade do denunciado, bem como na insuficiência de provas, principalmente no que tange à *suspeita suficiente*.³⁰⁹ Os fundamentos jurídicos para não deflagrar o *Processo Principal* podem ser justificados, ao lado da falta de responsabilidade penal substantiva da conduta, pela existência de “impedimento ao processo” (*Verfahrenshindernis*).³¹⁰ Além dos *impedimentos processuais* a serem considerados no *Processo de Investigação*, impõe-se também aqui o requisito processual da existência de uma denúncia válida.³¹¹

Em suma, a não configuração da *suspeita suficiente* ou a presença de *vício insanável da denúncia*, conforme abordado alhures, autorizam a rejeição da denúncia.³¹² Resta evidente que na hipótese de inadmissão da denúncia, as medidas processuais invasivas, em especial a prisão preventiva, devem ser imediatamente revogadas.³¹³ Consigne-se, ainda, que a decisão de rejeição deve ser notificada ao

fato for juridicamente avaliado de forma diferente da denúncia, ou 4. a persecução ao abrigo do §154a é limitada a qualquer uma das várias violações da lei cometidas pela mesma infração penal, ou tais violações da lei são reintroduzidas no processo. O §154a diz respeito sobre a “limitação da persecução” (*Beschränkung der Verfolgung*).

³⁰⁶ Rosenau em *Satzger/Schluckebier/Widmaier*: *StPO*, 4ª ed., p. 1291.

³⁰⁷ *Schneider*: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., p. 1257.

³⁰⁸ *BGHSt* 10, 278 [280].

³⁰⁹ *Schroeder/Verrel*: *Strafprozessrecht*, 5ª ed., p. 117; *Meyer-Goßner*: *Strafprozessordnung*, 57ª ed., p. 908.

³¹⁰ *Schroeder/Verrel*: *Strafprozessrecht*, 5ª ed., p. 117

³¹¹ *BGHSt* 5. 227.

³¹² Rosenau em *Satzger/Schluckebier/Widmaier*: *StPO*, 4ª ed., p. 1283.

³¹³ *StPO*, §120, *Abs.1*: O mandado de prisão é revogado logo que os requisitos da prisão preventiva não se encontrem mais presentes ou se afigurar desproporcional a continuação da prisão em relação à

Ministério Público, bem como ao assistente de acusação, consoante os §§35, *Abs.2 S. 1*, 36 *Abs. 1/§§ 397 Abs. 1 S. 2*, 385 *Abs. 1 S. 2*, 35a, todos do *StPO*, respectivamente.

Além da decisão de rejeição de abertura do *Processo Principal* existem outras alternativas que obstaculizam a continuação do processo. Pode o órgão judicial decidir pelo arquivamento definitivo, “por razões de oportunidade” (*aus Opportunitätsgründen*) no âmbito do *Processo Intermediário*, nos casos estipulados nos §§ 153 *Abs. 2*, 153a *Abs. 2* e 153b *Abs. 2*, *StPO*, mas apenas se houver a anuência do Ministério Público e do denunciado.³¹⁴ Outro óbice ocorre com o arquivamento provisório do processo em virtude da revelia do denunciado (desde que não se aplique o processo contra revel previsto nos §§285 ss., *StPO*) ou outros impedimentos temporários na pessoa do denunciado (§205, *StPO*), como, por exemplo, se este estiver acometido de doença mental adquirida após a prática de um crime.³¹⁵

Registre-se, por fim, que a decisão que inadmitiu a abertura do *Processo Principal*, na medida em que se tornou irrecurável pelo decurso do prazo da *reclamação* ou pelo seu indeferimento da mesma, goza de uma espécie de trânsito em julgado limitado, ou seja, a ação só pode ser reproposta com base em fatos ou provas novas (§211, *StPO*). Consideram-se fatos e provas novas se o órgão judicial não os conhecia quando proferiu a ordem de não deflagrar o processo.³¹⁶ O juiz em que a acusação foi, eventualmente, reproposta se encontra vinculado se a “concepção jurídica” (*Rechtsauffassung*) que levou à rejeição pelo juiz anterior foi incorreta.³¹⁷⁻³¹⁸

importância do caso e da pena ou da medida de segurança e de recuperação esperada. Será revogada, em particular, se o acusado for absolvido ou se for rejeitada a abertura do *Processo Principal* ou se o processo não for meramente arquivado de forma provisória.

³¹⁴ *Roxin/Schünemann: Strafverfahrensrecht*, 27ª. ed. p. 337.

³¹⁵ Veja: §§154 *Abs. 2*, 154b *Abs. IV*, *StPO*.

³¹⁶ *Rosenau em Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO*, 4ª ed., p. 1295.

³¹⁷ De forma didática, explica *Beulke*: O Ministério Público acusou *A*, o qual ultrapassou bruscamente uma motocicleta em um estacionamento particular e o forçou a frear de repente. O Juiz *X*, referindo-se à jurisprudência, rejeitou a abertura do *Processo Principal* em desfavor de *A*, por considerar que o seu comportamento não era passível punição. Após a aposentadoria do Juiz *X*, o Ministério Público voltou a apresentar nova acusação. Na linha da jurisprudência mais recente, o Juiz *Z*, competente para apreciação da causa, considera preenchido os elementos constitutivos do §240 *Abs. 1* do Código Penal. Indaga-se: O Juiz *Z* pode determinar a abertura do *Processo Principal*? Resposta: Se a deflagração do *Processo Principal* tiver sido rejeitada por uma decisão que não pode mais ser impugnada, a ação somente encontra autorização para ser reaberta com base em fatos ou provas novas, conforme estipula o §211 *StPO*. Um novel posicionamento jurídico não é considerado um fato superveniente tampouco uma prova nova. O magistrado, que assumiu a demanda, está, portanto, vinculado à “concepção

Nessa quadra, incide o que se denomina de “exaurimento da ação penal” (*Strafklageverbrauch*),³¹⁹ operando exatamente como em uma sentença absolutória,³²⁰ de modo que sobrevém o “efeito de barreira” (*Sperrwirkung*), em que nenhuma acusação pode ser deduzida pelo mesmo fato, sem a demonstração de novas circunstâncias ou evidências.³²¹

IV – Conclusão

Como se pode ver ao longo de todo o trabalho, não é simples deflagrar a ação penal contra um suspeito na Alemanha. Em especial, porque o processo penal germânico possui uma fase intermediária (*Zwischenverfahren*) – entre a fase investigativa e a ação penal – em que há autêntica natureza jurídica de *função de controle negativo* ou de *filtro*, permitindo ao denunciado a oportunidade efetiva de obstar o recebimento da denúncia. Existe, portanto, a possibilidade de manifestação prévia da defesa podendo apresentar objeções e provas, bem como abre-se a janela para a *composição* com o Ministério Público, tudo antes da decisão de admissão (ou não) da denúncia.

Além disso, o critério relativo à *suspeita suficiente*, positivado no próprio *StPO*, impõe que elementos concretos de provas apontem para uma margem real de condenação do investigado no curso do processo para que se instaure a ação penal. Em outras palavras, indícios mínimos de autoria e materialidade podem até caracterizar a *suspeita inicial* com a finalidade de abertura do *processo investigativo*, porém, para a deflagração da ação penal exige-se uma *expectativa de condenação fortemente provável*, consoante determina a jurisprudência do “Superior Tribunal Federal” (*Bundesgerichtshof*). Registre-se que não se trabalha nem na doutrina e tampouco na jurisprudência o princípio *in dubio pro societate*, até porque se requer

jurídica” (*Rechtsauffassung*) adotada pelo juiz anterior. Portanto, o Juiz Z deve novamente recusar-se a abrir o *Processo Principal*. *Beulke*: *Strafprozessrecht*, 12ª ed., p. 235 e 242.

³¹⁸ Compare com *BGHSt* 18, 225.

³¹⁹ Veja nota de rodapé nº 71.

³²⁰ *Beulke*: *Strafprozessrecht*, 12ª ed., p. 241.

³²¹ *Rosenau* em *Satzger/Schluckebier/Widmaier*: *StPO*, 4ª ed., p. 1295.

um índice superior a 50% no que concerne ao grau de suspeita do denunciado para se autorizar o recebimento da denúncia.

Sobreleva anotar que a voz da doutrina adverte no sentido de que não se deve expor indevidamente o indivíduo a processos penais infecundos em que não há possibilidade de um resultado efetivo. Isso porque não só o submeteria ao constrangimento de um escrutínio público desnecessário, como também a máquina judicial serviria a um processo improvidente e economicamente dispendioso, de modo que, além de não lograr a condenação, o indivíduo se livraria da âncora processual com a vida familiar, profissional e social arruinada.

Anote-se, ainda, conforme acentuado pelos professores *Roxin* e *Schünemann*, que o interesse público não pode jamais substituir a *suspeita suficiente* cujos fundamentos devem se encontrar concretamente evidenciados nos autos. Nesse aspecto, cite-se o célebre caso *Kachelmann* – apresentador de previsão do tempo na TV, acusado de estupro em concurso com lesão corporal perigosa, por sua ex-namorada – como um exemplo a não ser seguido. Deveras, um processo marcadamente acompanhado pela população, estimulado por um verdadeiro estardalhaço midiático, em que o interesse público desmedido desempenhou um papel fundamental no curso da demanda, a ponto de a acusação ter sido apresentada de forma precipitada, antes da conclusão de um importante laudo pericial.

Na ocasião, a professora *Monika Frommel* afirmou em entrevista à revista *Focus*³²² que o Ministério Público deveria ter reconhecido desde o início que não dispunha de provas objetivas e que teria sido preferível para todas as partes envolvidas que o processo fosse arquivado. Não se pretende, aqui, analisar os requisitos processuais e jurisprudenciais relativos aos delitos sexuais, mas simplesmente alertar para o fato de que o interesse público não tem condão de interferir na tramitação do processo abrindo espaço para especulações e teorias conspiratórias, o que termina por deteriorar a confiança no Estado de Direito. Ao fim,

³²² *Focus*: „Einstellung des Verfahrens wäre besser gewesen“. Disponível em https://www.focus.de/panorama/welt/kachelmann-freispruch-einstellung-des-verfahrens-waere-besser-gewesen_aid_632676.html (Acesso: 24.06.2020).

após 132 dias preso preventivamente e um processo desgastante em todos os sentidos, foi prolatada a sentença absolutória, no ano de 2011, inocentado *Kachelmann*.

Em que pese a armadura da lei processual, com o fim de resguardar o investigado, ainda assim o processo penal alemão, o qual assegura direitos importantes ao denunciado antes da decisão de recebimento, não está imune à aspectos alheios à demanda, de modo que o Estado-Juiz deve sempre se manter vigilante impedindo que fatores extrínsecos possam influenciar no resultado do feito.

Por derradeiro, é importante destacar que não se desconhecem os elevados índices de recebimentos de denúncia no âmbito dos “Tribunais de Comarca de 1ª instância” (*Amtsgerichte*) e dos “Tribunais Distritais” (*Landgerichte*).³²³ Em razão do expressivo número, muito se discute se, de fato, o Ministério Público tem cumprido de forma minuciosa o seu ofício, de modo que a condenação é considerada provável em quase todas as acusações apresentadas, ou, se, por outro lado, o *Processo Intermediário*, nas palavras de *Eberhard Schmidt*, tornou-se, na prática, uma espécie de “trabalho estereotipado” (*stereotype Schreibearbeit*).³²⁴⁻³²⁵

De toda forma, apesar das críticas,³²⁶ a lei processual penal alemã, em si e a nosso ver, não banaliza o ato de recebimento da denúncia reduzindo o procedimento a um mero ato cartorário judicial, alterando o status de denunciado para réu. Portanto, ao examinar os requisitos que autorizam o recebimento da denúncia, chega-se a conclusão de que não se trata de um procedimento singular. Pelo contrário, revela-se um processo exigente em que o Ministério Público, ainda nesta fase, deve apresentar

³²³ Segundo as estatísticas, o índice de não recebimento de denúncia é de somente 0,3% no âmbito dos “Tribunais da Comarca de 1ª instância” (*Amtsgerichte*) e de 1,78% nos “Tribunais Distritais” (*Landgerichte*). No que tange aos *tribunais da Comarca de 1ª* é bem verdade que as estatísticas não levam em consideração as hipóteses de arquivamentos “por razões de oportunidade” (*aus Opportunitätsgründen*), nos termos dos §§153 *Abs. 2*, 153a *Abs. 2*, *StPO. Rosenau* em *Satzger/Schluckebier/Widmaier: StPO*, 4ª ed., p. 1269. Ver *Statistisches Bundesamt Rechtspflege Strafgerichte, Fachserie 10, Reihe 2. 3. 2017*.

³²⁴ *Schmidt: NJW* 1963, 1081.

³²⁵ *Vormbaum: Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit (Kritik des strafprozessualen Zwischenverfahrens und Möglichkeiten seiner Reform)*, ZIS 6/2015, p. 329-330.

³²⁶ Interessante crítica em *Vormbaum: Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit (Kritik des strafprozessualen Zwischenverfahrens und Möglichkeiten seiner Reform)*. ZIS 6/2015.

evidências suficientes para justificar a admissão da denúncia, não bastando a mera demonstração de indícios mínimos de autoria e de materialidade.