

**O AGRAVO DE INSTRUMENTO CRIMINAL NA
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE
MINAS GERAIS E NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO PENAL EM UMA ABORDAGEM
DOS TRUNFOS DE RONALD DWORKIN NO
FEDERALISMO BRASILEIRO**

CARLOS HENRIQUE GENEROSO COSTA

Advogado

Universidade Cândido Mendes, Brasil

generoso.carlos@gmail.com

1. Introdução

O presente comentário tem como objeto o agravo de instrumento criminal na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Inicialmente, será feita uma abordagem dogmática acerca das modalidades de agravo no Código de Processo Civil (CPC) de 1973, ressaltando-se a ausência de previsão do mencionado recurso no Código de Processo Penal (CPP) de 1941. Em seguida, trata-se do Regimento Interno do TJMG, que estabelece a espécie de agravo de instrumento criminal, uma forma de desdobramento da competência comum legislativa prevista no art. 24, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, no que tange a procedimentos de matéria processual.

Além da constitucionalidade do agravo de instrumento criminal, será tratada a sua relação com a teoria de Ronald Dworkin, na qual este afirma a existência de *jokers* (trunfos ou curingas) de que dispõe o jurisdicionado ante os comandos estatais que violem seus direitos

fundamentais, como o direito fundamental à liberdade. Nessa perspectiva, o agravo de instrumento criminal não apenas corresponde à categoria formulada pelo filósofo estadunidense, como também se antecipa ao novo CPP no que diz respeito a esse tipo de recurso.

2. O agravo no processo civil (CPC/1973)

A legislação processual civil previu, em sentido amplo, quatro modalidades de agravo: o agravo retido, o agravo retido e oral, o agravo de instrumento e o agravo regimental ou interno. Neles, a decisão combatida é a chamada interlocutória, e a interposição do recurso depende da lesão ao direito pleiteado e do órgão que irá conhecê-lo.

O agravo retido é interposto no órgão do Poder Judiciário *a quo*, ou seja, a peça processual é endereçada ao próprio magistrado prolator da decisão. Nesta modalidade, o agravo só será apreciado na instância superior no momento do julgamento da apelação, como se afirma nos arts. 522, *caput*, e 523, § 1º, ambos do Código de Processo Civil (CPC) de 1973.

Quando a decisão interlocutória é proferida em audiência, a parte interessada deverá fazer o agravo de forma retida e oral, conforme o art. 523, § 3º, do código mencionado. Será registrada na ata de audiência a sustentação oral do agravante, e o juiz poderá retratar-se ou não da decisão.

Já o agravo de instrumento pressupõe, segundo o art. 522, *caput*, do CPC/1973, lesão grave e de difícil reparação. Sua interposição se dá no juízo *ad quem* com a instrução de cópias do processo as quais a parte entenda por bem colacionar, além do traslado das procurações.

Quanto ao agravo regimental ou interno, está previsto nos regimentos internos dos tribunais. Aqui, também, ataca-se decisão interlocutória do relator.

Sobre a admissibilidade do agravo, leciona Araken de Assis na magistral obra Manual dos Recursos:

Na realidade, a expansão das hipóteses de admissibilidade do agravo nem sequer debelou insaciável aspiração das partes para recorrer das interlocutórias que causam dano irreparável. Só em alguns casos arrolados na parcimônia da redação originária do art. 558, *caput* - hoje, na redação da Lei 9.139, de 30.11.1995, além das hipóteses explícitas, há uma cláusula geral ('... e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação...') tornando flexível a concessão do efeito suspensivo -, mostra-se lícita a suspensão da eficácia da decisão agravada (ASSIS, 2008, p. 475).

No processo penal, as decisões interlocutórias, por via de regra, são combatidas pelo recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581 do Código de Processo Penal (CPP) de 1941.

3. A ausência de previsão do agravo de instrumento no processo penal

Inexiste previsão no Código de Processo Penal no que diz respeito ao recurso de agravo. A única modalidade que a legislação extravagante admite é o chamado agravo em execução, na fase de execução da pena, previsto no art. 197 da Lei nº 7.210/1984. As decisões interlocutórias, por sua vez, conforme foi dito antes, podem ser combatidas pelo recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581 do CPP. Mas as hipóteses elencadas pelo referido artigo não contemplam as medidas cautelares, e outras decisões interlocutórias são atacadas por correição parcial ou pelas ações constitucionais, seja pelo mandado de segurança criminal ou até mesmo pelo *habeas corpus*.

Assim, certas decisões interlocutórias – como quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, pedidos de busca e apreensão, além das medidas cautelares – desafiam, a depender do caso concreto, o amparo das ações autônomas de impugnação previstas pela Constituição e ficam sem recurso específico que as possa reformar, ainda que causem lesão grave e de difícil reparação.

Diante disso, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) prevê o instituto do agravo de instrumento criminal, determinando que lhe sejam aplicáveis as regras do agravo de instrumento cível.

4. O agravo de instrumento criminal no Tribunal de Justiça de Minas Gerais

O egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no art. 495 de seu Regimento Interno, estabelece, *ipsis litteris*, o agravo de instrumento criminal:

SEÇÃO IV DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Art. 495. Ao agravo de instrumento da competência das Câmaras Criminais aplicar-se-á, no que couber, o procedimento estabelecido neste regimento e na legislação processual para o de natureza cível. (MINAS GERAIS, 2012).

Assim, o TJMG determina o recurso para as decisões interlocutórias de natureza penal em que exista lesão grave e de difícil reparação, sobretudo por se tratar de questão que envolve o *status libertatis* do indivíduo.

O TJMG já conheceu do agravo de instrumento criminal, como se percebe do seguinte julgado, de relatoria do Desembargador Pedro Vergara:

Ementa Oficial: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDIDAS PROTETIVAS - LEI 11.340/06 - AFASTAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - PROTEÇÃO DE URGÊNCIA - MEDIDA DE CAUTELA - PALAVRA DA VÍTIMA - SUFICIENTE - ISENÇÃO DE CUSTAS - POSSIBILIDADE - HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Tratando-se de medidas projetivas de urgência, de natureza cautelar, não há que se falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

2. Mantém-se as medidas projetivas determinadas pelo magistrado primevo nos termos da Lei 11.340/06 vez que evidenciada nos autos a ameaça sofrida pela vítima.

3. Isenta-se o agravante do pagamento das custas processuais porquanto comprovada está sua hipossuficiência financeira.

4. Agravo parcialmente provido. (MINAS GERAIS, 2013, grifo nosso).

Destarte, tal espécie recursal se configura uma criação legislativa que amplia as garantias constitucionais e encontra amparo no art. 24, XI, da Constituição Federal (CF) de 1988, bem como no art. 3º do próprio CPP/1941. Ademais, quando concedida tutela antecipada, a determinação do TJMG constitui evidente analogia *in bonam partem*, conforme a doutrina clássica.

5. A possibilidade do agravo de instrumento criminal decorrente da previsão constitucional

A Constituição formal e rígida de 1988, ao estabelecer a competência legislativa concorrente comum entre União, Estados e Distrito Federal, prevê a possibilidade de criação de procedimentos de natureza processual pelas unidades federativas. Nos termos do art. 24, XI, da Carta Magna, determinou o constituinte originário que “*competete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XI - procedimentos em matéria processual [...]*”. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Pela mesma craveira, o constituinte derivado fixou, no art. 9º da Constituição do Estado de Minas Gerais, que “é reservada ao Estado a competência que não lhe seja vedada pela Constituição da República.” (MINAS GERAIS, 1989). O disposto pelo Regimento Interno do tribunal mineiro relativamente ao agravo de instrumento criminal abrange a competência legislativa concorrente, donde a sua constitucionalidade. Desse modo, outros Estados também poderão instituir tal via recursal.

Acerca da competência suplementar supletiva, lecionam Bernardo Gonçalves Fernandes e Flávio Quinaud Pedron na obra conjunta Curso de Direito Constitucional:

[...] se a União edita normas gerais (exercendo o interesse nacional), os Estados e o DF irão suplementar de forma complementar essas normas da União para atender às peculiaridades

regionais. Porém, se a União não edita as normas gerais (como já explicitado), os Estados e o DF irão exercer competência legislativa plena intitulada de competência suplementar supletiva. Obviamente, devemos registrar que eles irão editar toda a normatividade, pois não há como editarem só a complementação. Não há como complementar o que não existe! Portanto, eles editam a (norma) geral e complementam a (norma) geral deles mesmos (que eles editaram). A legislação do Estado ou DF, então, irá ter validade apenas no âmbito do Estado ou no âmbito do DF. (FERNANDES; PEDRON, 2011, p. 608, grifo nosso).

Eis a hipótese que previu o Regimento Interno do TJMG, ao instituir o rito do agravo de instrumento criminal. Não tendo a União editado norma geral sobre o recurso, o Estado mineiro exerceu competência suplementar supletiva para tal, em perfeita constitucionalidade.

Em seara próxima, definindo o conceito de procedimento, leciona Aroldo Plínio Gonçalves a doutrina mineira mais respeitada:

O procedimento é uma atividade preparatória de determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. No exercício das funções administrativas, legislativa e jurisdicional, o Estado pratica vários atos que não se revestem de imperatividade e que são necessários na dinâmica de sua atuação. Mas quando o ato do Estado se destina a provocar efeitos na esfera dos direitos dos administrados, da sociedade, dos jurisdicionados, quando é um ato dotado de natureza imperativa, um ato de poder, tem-se o provimento que, para que seja emanado, válida e eficazmente deve ser precedido da atividade preparatória, disciplinada no ordenamento jurídico (GONÇALVES, 1992, p. 102-103).

Desta feita, o agravo de instrumento criminal representa modalidade de procedimento processual que informa os atos de um processo

principal, até o advento do provimento final e da sua validade. Na estrutura federativa da organização político-administrativa adotada pela Constituição, a referida previsão é plenamente constitucional.

6. A previsão do agravo no projeto do novo Código de Processo Penal

O projeto do novo Código de Processo Penal, que corre no Senado Federal, com a relatoria de Eugênio Pacelli de Oliveira, prevê a possibilidade do agravo nos arts. 473 a 479, nos seguintes termos:

CAPÍTULO II

DO AGRAVO

Art. 473. Caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, da decisão que:

I – receber, no todo ou em parte, a denúncia, a queixa subsidiária ou os respectivos aditamentos;

II – indeferir o aditamento da denúncia ou da queixa subsidiária;

III – declarar a incompetência ou afirmar a competência do juízo;

IV – pronunciar o acusado;

V – deferir, negar, impor, revogar, prorrogar, manter ou substituir qualquer das medidas cautelares, reais ou pessoais;

VI – conceder, negar ou revogar a suspensão condicional do processo;

VII – decidir sobre produção e licitude da prova e seu desentranhamento;

VIII – recusar a homologação do acordo no procedimento sumário.

Art. 474. O agravo será interposto diretamente no tribunal competente.

Parágrafo único. A interposição do agravo não retardará o andamento do processo, sem prejuízo do disposto no art. 475.

Art. 475. O agravo terá efeito suspensivo quando, a critério do relator e sendo relevante a fundamentação do pedido, da decisão puder resultar lesão irreparável ou de difícil reparação.

Parágrafo único. O agravo contra a decisão de pronúncia terá sempre efeito suspensivo.

Art. 476. A petição de agravo será instruída com cópias:

I – da denúncia ou da queixa subsidiária, aditamentos e respectivas decisões de recebimento ou indeferimento;

II – da decisão agravada e certidão da respectiva intimação;

III – de outras peças que o agravante entender úteis.

Parágrafo único. A formação do instrumento ficará a cargo do agravante, que declarará, sob as penas da lei, a autenticidade dos documentos juntados.

Art. 477. O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que o instruíram.

§ 1º O não cumprimento do disposto no caput deste artigo importará inadmissibilidade do agravo.

§ 2º O juiz, em face da comunicação de que trata o caput deste artigo, poderá reformar a decisão, informando o relator, que considerará prejudicado o agravo.

Art. 478. Recebido o agravo no tribunal e distribuído imediatamente, o relator:

I – negará seguimento, liminarmente, ao recurso, nos casos do art. 516, ou conhecerá do recurso e julgará o seu mérito, nos casos do art. 517;

II – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso nas hipóteses do art. 475;

III – poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;

IV – mandará intimar o agravado para responder no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar documentação que entender conveniente.

§ 1º A decisão prevista no inciso II do caput deste artigo somente é passível de reforma no julgamento do agravo, salvo se antes o relator a reconsiderar.

§ 2º No caso de agravo contra o indeferimento de pedido de produção de prova, o agravado não será intimado se a medida puder comprometer a eficácia do recurso.

Art. 479. A petição do agravo será protocolada no tribunal ou postada no correio com aviso de recebimento, ou transmitida por meio eletrônico, na forma da lei ou do regimento interno. (BRASIL, 2010).

O trâmite desse agravo tem muita similitude com o atual agravo de instrumento cível (arts. 522 a 529 do CPC/1973). Assim, ao instituir tal recurso no âmbito da justiça criminal estadual, o tribunal mineiro coloca-se em posição de vanguarda.

7. A definição de trunfos na teoria de Ronald Dworkin

O filósofo estadunidense Ronald Dworkin, na obra *Levando os Direitos a Sério*, utiliza o termo *joker* (curinga, trunfo) para designar uma espécie de “carta na manga” a ser usada quando há violação de direitos fundamentais. Na atividade política, legislativa ou judicial, ela serve como garantia do próprio cidadão ante os comandos ilegais do Estado.

Vejamos, na obra mencionada, a explanação dworkiniana:

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente

para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum. Mas não pressupõe que os direitos tenham alguma característica metafísica especial. Portanto, a teoria defendida nestes ensaios distingue-se das teorias mais antigas que se apóiam em tal suposição (DWORKIN, 2002, p. XV, grifo nosso).

Assim, os trunfos correspondem a direitos individuais e, quando violados, acionam a atividade judicial a restabelecer a perda ou dano ocasionado por comando injusto.

Neste enfoque, a jurisprudência do TJMG sobre o agravo de instrumento criminal tem previsão normativa e pode ser interpretada como *joker*, uma vez que instituiu, no Regimento Interno, uma garantia recursal não estabelecida pelo ordenamento jurídico federal, nem de outros Estados.

8. Conclusão

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais toma uma posição de vanguarda ao estabelecer a modalidade de agravo de instrumento criminal. O recurso, apto a combater as decisões de natureza interlocutória, poderá também ser adotado por outros Estados, como decorrência da aplicação da competência legislativa concorrente, fixada no art. 24, XI, da CF/1988.

O TJMG tem utilizado o agravo de instrumento criminal sobretudo na aplicação das medidas cautelares previstas pela Lei nº 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha. Entretanto, o alcance de tal instituto poderá ser estendido a outras decisões de primeira instância que tiverem a natureza jurídica de decisões interlocutórias, desde que inexista previsão expressa de outros recursos.

Portanto, o agravo de instrumento criminal corresponde à teoria dos trunfos, pois surge como forma de discussão, na segunda instância, de decisões proferidas até sem a presença do contraditório,

como acontece nas medidas cautelares da Lei nº 11.340/2006. Desse modo, o recurso propicia a análise pormenorizada dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, quiçá de outros, a depender do que se discute.

Ainda que os seus requisitos não se confundam com os da tutela antecipada, o agravo de instrumento criminal se aproxima das liminares em *habeas corpus* ou em mandado de segurança criminal, o que reforça a qualidade de trunfo de tal instituto jurídico. A jurisprudência mineira, no entanto, ainda irá definir os contornos da tutela antecipada neste recurso, bem como as suas repercussões, como capaz de garantir o contraditório e o direito ao duplo grau de jurisdição na ordem jurídica do Estado Federal.

8. Referências

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 16 maio 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 maio 2014.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 16 maio 2014.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 16 maio 2014.

BRASIL. Projeto de Novo Código de Processo Penal, 7 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/wp-content/>>

uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>. Acesso em: 16 maio 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MINAS GERAIS. Constituição do Estado de Minas Gerais, 1989. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>> Acesso em: 16 maio 2014.

MINAS GERAIS. Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de 26 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/legislacao/regimento-interno/>>. Acesso em: 16 maio 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-Cr 1.0079.12.051802-6/001, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Pedro Vergara, Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2013. *DJ*, 25 jan. 2013.