

Aula 00

*Direito Processual Penal p/
PGM-Diadema-SP (Procurador) -
Pós-Edital*

Autor:

Leonardo Ribas Tavares

12 de Maio de 2020

Sumário

0. Apresentação do Curso	3
0.1 Apresentação pessoal	4
0.2 Metodologia do Curso	5
0.3 Cronograma de aulas	8
1. Introdução.....	9
1.1 Processo e Direito Processual Penal	9
2. Fontes	15
2.1 Fontes materiais	15
2.2 Fontes formais.....	19
3. Sistemas processuais penais	23
3.1 Sistema inquisitorial/inquisitório/inquisitivo	24
3.2 Sistema acusatório	26
3.3 Sistema misto / francês / acusatório formal	27
3.4 Sistema brasileiro	28
4. Princípios fundamentais do processo penal	30
4.1 Presunção de inocência ou da não culpabilidade	31
4.1.1 Regra probatória	34
4.1.2 Regra de tratamento	35
4.1.3 Execução da pena antes do trânsito em julgado	36
4.2 Princípio do contraditório	47
4.3 Princípio da ampla defesa	49
4.3.1 Defesa técnica.....	52
4.3.2. Defesa pessoal / autodefesa / defesa material ou genérica.....	54
4.4 Princípio da publicidade.....	56
4.5 Princípio da busca da verdade real.....	59
4.6 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.....	63
4.7 Princípio do juiz natural.....	64
4.8 Princípio contra a autoincriminação	64
4.8.1 Direito ao silêncio.....	68
4.8.2 Prerrogativa de não praticar comportamento ativo incriminador	70
4.8.3 Prerrogativa de não produzir prova incriminadora invasiva	70
4.8.4 Etilômetro provas e penalidades nos crimes de trânsito.....	71
4.8.5 Consequências do exercício do direito e a prática de outros crimes.....	73
4.9 Princípio da proporcionalidade.....	73
5. Comparativo de princípios, direitos e garantias individuais	78
6. Lei processual penal no espaço	82
7. Lei processual penal no tempo	83
7.1 Definição da natureza das normas processuais.....	86
7.1.1 Normas processuais heterotópicas	87
8. Interpretação da lei processual penal.....	88
8.1 Interpretação extensiva.....	88
8.2 Analogia	89



9. Referências bibliográficas	92
10. Questões.....	94
10.1 Questões comentadas.....	94
10.2 Questões sem comentários.....	116
10.3 Gabarito	126
11. Resumo	127
11.1 Processo e Direito Processual Penal	127
11.2 Fontes.....	128
11.3 Sistemas processuais penais.....	128
11.4 Princípios fundamentais do processo penal.....	129
11.5 Lei processual no espaço	133
11.6 Lei processual no tempo	134
11.7 Interpretação da lei processual penal	134
12. Considerações finais	135



0. APRESENTAÇÃO DO CURSO

Aqui começamos o nosso livro eletrônico de **Direito Processual Penal**. Trabalho de envergadura a que nos propusemos – depois de décadas de experiência com teoria e prática na área jurídica –, buscando trazer a você, nosso aluno/leitor, uma das mais completas obras na ciência do processo penal.

O objetivo aqui é colocar a nossa técnica e experiência a seu serviço, de modo a facilitar o seu caminho no aprendizado, abrindo-lhe as portas do conhecimento jurídico necessário para o sucesso nos mais variados concursos públicos para as carreiras jurídicas.

Vamos construir e alimentar este livro eletrônico de forma abrangente e contínua, de modo que você, que busca o conhecimento, sinta a segurança necessária para se concentrar numa obra só – dentro do foco e objetivo que devem ter aqueles que almejam um cargo nas carreiras jurídicas mais concorridas e de técnica processual mais apurada.

A forma eletrônica do livro não é à toa! Nenhuma obra em formato impresso consegue acompanhar a rapidez das alterações legislativas ou, pior ainda, a efemeridade da jurisprudência brasileira. A própria doutrina vem mudando suas concepções, cada dia com mais rapidez. A atualização dos ensinamentos e, mais que isso, a contextualização dos novos precedentes nas doutrinas já consolidadas só é alcançável com uma obra que não esteja presa às amarras da burocracia e da demora na impressão. De maneira tal que se um novo julgado dos tribunais ou uma nova tese doutrinária de algum modo altera a concepção daquilo que se consolidou, este livro digital terá seus escritos rapidamente equacionados, para trazer a você, leitor, uma obra única e suficiente por si na área do processo penal.

Capturando desde a doutrina mais clássica/ortodoxa até aquela de vanguarda, este material não fará distinção em relação às obras disponíveis (que não aquela decorrente de um mínimo de exigência científica – sim, porque na era das redes sociais cada um tem opinião e escreve sobre quase tudo), nem terá preconceitos em relação aos renomados autores, por mais que em seus escritos revelem alguma tendência ideológica (da qual o leitor será alertado).

Aliás, esse já é um primeiro desafio (que o livro ajudará a compreender e a contornar) para quem se propõe a estudar mais a fundo a ciência processual penal: saber discernir entre aquilo que não passa de uma 'opinião' ideológica daquilo que tem embasamento científico, tem respaldo normativo, é utilizado na praxe forense (nos processos em concreto) e é cobrado nos concursos públicos. A você, neste momento da vida em que presta concursos, mais interessa saber a matéria que é efetivamente cobrada nos certames do que propriamente a tese acadêmica ou a opinião doutrinária isolada desse ou daquele autor; exatamente aí que se insere a nossa proposta.



O cuidado é fundamental porque em nenhum outro ramo do Direito as ideologias e os preconceitos se fazem tão presentes quanto no processo penal (aqui temos, na área jurídica, a famosa dicotomia entre 'direita x esquerda'). No Brasil a construção do Direito, regra geral, não se faz com a doutrina e a jurisprudência 'caminhando de mãos dadas' (diferente de como é na Alemanha, por exemplo). Ao contrário, não raro se vê cada uma delas trilhando caminho oposto ao da outra, desmentindo-se, com críticas infundadas e dentro de uma perspectiva unilateral e descontextualizada – uma não ajuda a construir e a complementar outra.

Teremos aqui neste livro, além da teoria abrangente, questões pontuais e específicas sobre toda a matéria, oriundas de provas objetivas e discursivas de concurso público, questões que, inclusive, orientarão eventual direcionamento ou aprofundamento da teoria que se apresentará.

Para além dos fins meramente didáticos, a obra abordará aspectos práticos do processo penal, de maneira tal que o leitor não seja surpreendido com questões de casuística, de peças processuais, comuns em determinadas fases de concurso público para carreiras jurídicas.

O desafio é grande, sabemos, mas com algum *know-how* é plenamente alcançável! Falando nisso – e apenas com o objetivo de trazer-lhe um pouco mais de credibilidade nas informações repassadas –, na sequência teremos uma breve apresentação pessoal.

0.1 APRESENTAÇÃO PESSOAL

Meu nome é LEONARDO RIBAS TAVARES, sou juiz de Direito há quase 20 anos, atualmente Titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de entrância final de Cascavel, no Paraná.

Sou graduado em Direito pela *Universidade Federal do Paraná - UFPR* e *Mestre em Direito do Estado* pela mesma instituição de ensino (com a honra de ter sido orientado por RENÉ ARIEL DOTTI), além de ter concluído três pós-graduações ou especializações e estar cursando *Doutorado em Direito*.

Sou professor de graduação e de pós-graduação há muitos anos e lecionei em algumas faculdades, a última delas a saudosa *Univel*, hoje Centro Universitário, onde fiquei por mais de treze anos.

Também lecionei nas cadeiras da *Escola da Magistratura do Paraná – EMAP*, onde, inclusive, fui Diretor do Núcleo de Cascavel por cinco anos. Só recentemente, e com a finalidade de me dedicar com exclusividade ao ESTRATÉGIA, é que me desliguei de todas essas outras atividades pedagógicas. Como já pontuei antes, o desafio, aqui, é grande e exige exclusividade pedagógica!

Falando em concursos, já fui Técnico Judiciário perante o *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, tendo passado em concurso público ainda no primeiro ano da Faculdade de Direito, em Curitiba. Lá desempenhei funções comissionadas, fui chefe de gabinete de Juiz Federal e Diretor de



Secretaria Substituto. Também passei no concurso da *Advocacia-Geral da União*, tendo exercido a função em Florianópolis e chegado ao cargo de Subprocurador-Chefe da União no Estado de Santa Catarina.

Enfim, são anos de dedicação em concursos e na área jurídica, federal e estadual, sempre tentando aliar teoria e prática – e lá se vão (desde que atuei num processo pela primeira vez) 27 proveitosos anos!

Creio que seja professor 'de sangue' (minha mãe sempre foi professora, minha irmã também o é) e por vocação, tendo prazer em compartilhar o que aprendi. Nas palavras de Cora Coralina: *feliz aquela que transfere o que sabe e aprende o que ensina!* Com esse 'espírito' é que encerramos a apresentação e vamos ao que interessa!

Eventuais dúvidas e sugestões devem ser preferencialmente encaminhadas para o fórum de discussão do site - serão prontamente respondidas. Não obstante, segue o meu instagram e facebook.

Instagram: [@prof.leotavares](https://www.instagram.com/prof.leotavares)

Facebook: <https://www.facebook.com/prof.leotavares>

0.2 METODOLOGIA DO CURSO

As aulas levarão em consideração as seguintes 'fontes', ou seja, as bases a partir das quais os nossos materiais são estruturados:

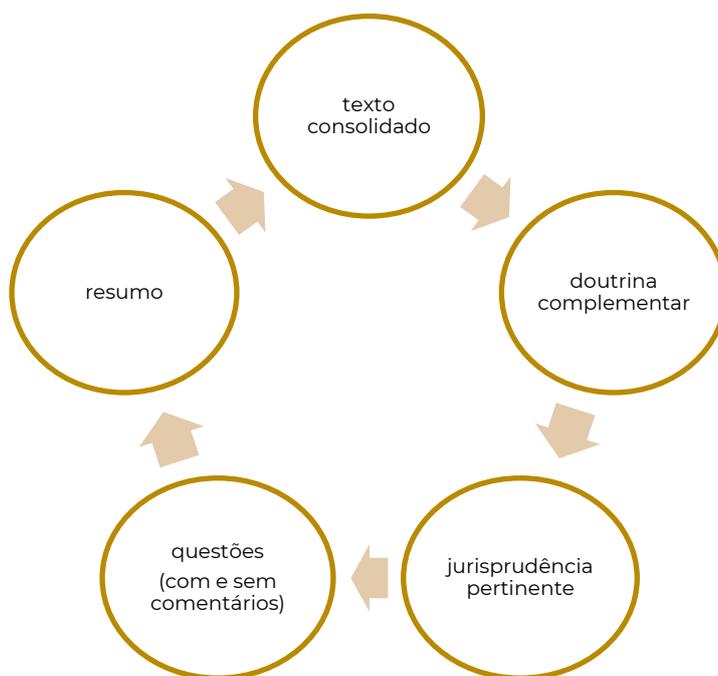


Como já se esclareceu, este **livro digital** é elaborado da forma mais abrangente possível, tendo como referência as várias fontes do aprendizado jurídico-científico – com especial cuidado, todavia, para a construção do conhecimento que se faz necessário para o êxito nos concursos públicos de maior dificuldade.

As informações serão compiladas e estruturadas de forma muito objetiva, numa redação clara, simples e coerente, com atualização constante, de maneira que o leitor/aluno deve ler o livro e, se



possível, acompanhar as aulas, assim obtendo uma preparação completa, sem a necessidade de qualquer outro material didático. A propósito: o pensamento de todos os principais autores em processo penal estará aqui consolidado, com referências específicas de cada qual. Ao final de cada capítulo/título haverá uma transcrição sintética da doutrina, além da jurisprudência e dos precedentes sobre o tema em estudo – de forma pontual, destacando o que é mais importante e com referências (não conheço nenhuma obra em processo penal que faça isso). De maneira tal que as informações essenciais e os principais conceitos serão trazidos em suas mais variadas versões, concepções e divergências; justamente para que não haja necessidade de aquisição de inúmeros livros impressos; para que, atendo-se a este material, o aluno obtenha um ‘apanhado’ da melhor doutrina na visão dos principais autores e, além disso, conheça a jurisprudência da matéria (sem necessidade de horas em consulta na internet ou outra fonte de informação).



Entenda o nosso círculo virtuoso: você não precisa adquirir outras obras porque aqui terá o pensamento consolidado dos principais autores, por vezes transcrito integralmente na doutrina complementar, com absoluta fidelidade à fonte; não precisa ficar adquirindo materiais atualizados (a atualização aqui é constante); não terá de se preocupar com a casuística e nem perderá tempo pesquisando e selecionando a jurisprudência sobre o assunto (ela virá destacada e por vezes comentada); não dependerá de correr atrás de questões (elas estarão aqui, inclusive comentadas, ao final de cada aula e observando a pertinência temática); não ficará na dependência de elaboração de um resumo (ela já vem pronto ao final de cada aula).

A propósito: para facilitar o seu trabalho e de modo a não incidir em contaminação visual (com inúmeras referências e notas de rodapé), cada aula do livro digital terá sua referência bibliográfica anotada somente ao final. Lá o leitor poderá verificar a maior parte das obras que foram consultadas e referidas e que serviram de base para construção do livro digital. No texto serão apenas referidos o sobrenome do autor e o ano da obra.



Aliás, a doutrina e a jurisprudência trazida, mesmo a transcrita, terá as supressões necessárias¹ (para evitar o congestionamento de informações) e levará os destaques pertinentes para facilitar a leitura e chamar a sua atenção para os pontos importantes². Em outras palavras: a fidelidade será absoluta com o conteúdo dos ensinamentos dos doutrinadores, com os termos utilizados³, não com a estética e a formatação. Esta será apresentada pensando na assimilação e no conforto visual do leitor.

É fundamental, também, resolver e analisar as questões! Serão centenas delas, comentadas, dissecadas, de forma didática, para que o raciocínio lógico auxilie na lembrança.

O material será permeado de esquemas, gráficos informativos, resumos, figuras, quadros sinóticos, tudo com a pretensão de 'chamar a atenção' para as informações que realmente importam, sistematizando a matéria.

Finalmente, destaca-se que um dos instrumentos mais relevantes para o estudo é o contato direto e pessoal com o professor. Além do nosso fórum de dúvidas (preferencial), estamos disponíveis por *e-mail* e, eventualmente, pelo *Facebook*. Aluno nosso não vai para a prova com dúvida! Por vezes, ao ler o material surgem incompreensões, incertezas, curiosidades; nesses casos, basta acessar o computador e nos escrever. Assim que possível responderemos todas as dúvidas. É notável a evolução dos alunos que levam a sério essa metodologia.

Teremos videoaulas! As videoaulas deverão abordar quase todos os pontos da matéria, com muita paridade com a aula escrita. Essas aulas destinam-se a complementar a preparação, concentrando esforços nos temas mais relevantes e complexos, completando a interação professor-aluno para efeito de aprendizado. Nem tudo o que você lê aqui necessariamente verá nas aulas em vídeo. Do mesmo modo que nem tudo que lá você assiste terá aqui com as mesmas palavras. As aulas em vídeo enfrentam os pontos da matéria com um viés mais dinâmico, casuístico e dialético, com inúmeros exemplos para que a teoria aqui estudada se consolide a nível do necessário conhecimento jurídico-processual.

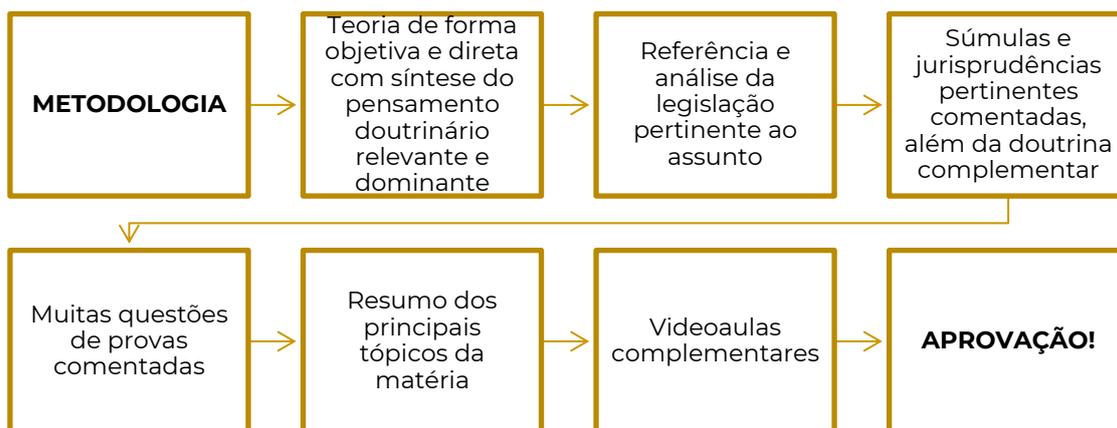
Assim, cada aula será estruturada do seguinte modo:

¹ Você verá colchetes [...] quando ocorrerem supressões.

² Vamos sublinhar, negritar e colorir conforme necessário e isso não será consignado em cada vez que acontecer (grifo nosso, p.ex.).

³ As transcrições literais estarão entre aspas ou em itálico, conforme a situação.





Uma última informação importante: a obra é extensa, evidentemente; lembre-se que nos propusemos a construir um livro digital completo e suficiente por si para os concursos mais difíceis (não existe milagre – você tem de ter acesso ao conteúdo que pode cair nas provas!).

De qualquer modo, caso seu tempo seja escasso, você pode se restringir à leitura do *texto base*, 'pulando' a **doutrina complementar** (que algumas vezes trará a mesma informação com as palavras de outros autores renomados) e boa parte da **jurisprudência pertinente** (sem esquecer das questões), que normalmente se localiza nos finais dos capítulos. Aliás, para facilitar a identificação desses pontos, eles estarão com letra e formatação diferenciada (como esta que você está vendo agora no contorno 📖).

Não é o que recomendamos, mas você pode fazer isso sempre que perceber que está familiarizado com o tema estudado e sentir segurança no aprendizado. Vamos lá!

0.3 CRONOGRAMA DE AULAS

Vejamos a distribuição das aulas:

AULA	CONTEÚDO	VÍDEOS	DATA
Aula 00	<u>Introdução.</u> [Fontes. Sistemas processuais penais. Princípios fundamentais. Lei processual penal no espaço e no tempo. Interpretação da lei processual penal].	Com aula em vídeo	12-05-2020
Aula 01	<u>Investigação e inquérito policial.</u>	Com aula em vídeo	17-05-2020
Aula 02	<u>Ação penal e Ação civil ex delicto.</u>	Com aula em vídeo	22-05-2020
Aula 03	<u>Jurisdição e competência.</u>	Com aula em vídeo	27-05-2020
Aula 04	<u>Teoria geral das provas.</u>	Com aula em vídeo	01-06-2020
Aula 05	<u>Meios de prova e provas em espécie.</u>	Com aula em vídeo	06-06-2020
Aula 06	<u>Medidas cautelares pessoais.</u>	Com aula em vídeo	11-06-2020
Aula 07	<u>Introdução prisões e Prisão em flagrante.</u>	Com aula em vídeo	16-06-2020
Aula 08	<u>Prisão preventiva.</u>	Com aula em vídeo	21-06-2020
Aula 09	<u>Prisão temporária e liberdade provisória.</u>	Com aula em vídeo	26-06-2020



Aula 10	<u>Questões e processos incidentes.</u>	Com aula em vídeo	01-07-2020
Aula 11	<u>Sujeitos do processo e Comunicação dos atos processuais.</u>	Com aula em vídeo	06-07-2020
Aula 12	<u>Processo e procedimento (parte 1 – ordinário/sumário).</u>	Com aula em vídeo	11-07-2020
Aula 13	<u>Processo e procedimento (parte 2 – sumaríssimo).</u>	Com aula em vídeo	16-07-2020
Aula 14	<u>Processo e procedimento (parte 3 – especial/júri).</u>	Com aula em vídeo	21-07-2020
Aula 15	<u>Sentença penal e coisa julgada.</u>	Com aula em vídeo	26-07-2020
Aula 16	<u>Nulidades.</u>	Com aula em vídeo	30-07-2020
Aula 17	<u>Hábeas corpus e Revisão criminal.</u>	Com aula em vídeo	05-08-2020

Essa é a distribuição dos assuntos ao longo do curso. Eventuais ajustes poderão ocorrer, especialmente por questões didáticas. De todo modo, sempre que houver alterações no cronograma acima, vocês serão previamente informados, justificando-se.

1. INTRODUÇÃO

1.1 PROCESSO E DIREITO PROCESSUAL PENAL

A precisa definição ou a natureza jurídica do que seja processo penal ou Direito Processual Penal até hoje não é bem delineada pela doutrina. Existe bastante divergência, inclusive em relação à conceituação. Vejam-se algumas definições que isso demonstram:

HÉLIO TORNAGHI:

o processo penal é uma sequência ordenada de fatos, atos e negócios jurídicos que a lei impõe (normas imperativas) ou dispõe (regras técnicas e normas puramente ordenatórias) para a averiguação do crime e da autoria e para o julgamento da ilicitude e da culpabilidade (Tornaghi, 1997).

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS:

o direito processual penal surge como o **conjunto de normas jurídicas que orientam e disciplinam o processo penal**. A função essencial deste cumpre-se na decisão sobre se, na realidade, se realizou em concreto um tipo-legal de crime e, em caso afirmativo, na decisão sobre a consequência jurídica que dali deriva (Dias, 1974).



FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (2017), citando FREDERICO MARQUES (este bastante referido entre os mais variados autores), assim conceitua o direito processual penal:

conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal objetivo, a sistematização dos órgãos de jurisdição e respectivos auxiliares, bem como a persecução penal.

A definição é bastante delicada, justamente por envolver um raciocínio científico em relação à essência do Direito e do processo, em interpretações carregadas de subjetivismo.

Importante compreender, de imediato (e isso explica muito da dificuldade e divergência doutrinária no tema), que, diferente do processo civil, o processo penal não tem uma 'teoria geral' que lhe seja própria. A conhecida *teoria geral do processo* foi construída e elaborada com olhos voltados para a área cível, de maneira tal que boa parte dos seus postulados e diretrizes conceituais não se ajustam adequadamente na área criminal.

Não obstante, ainda existem autores (a exemplo de NESTOR TÁVORA, ROSMAR RODRIGUES ALENCAR e FERNANDO CAPEZ) que insistem na utilização da *teoria geral do processo* para a compreensão, definição e conceituação do processo penal, erigindo modalidades como *interesse, pretensão, lide* e *ação* (dentre outras) para explicar institutos inerentes ao processo penal, *in verbis*:

Direito Processual Penal é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das **lides penais**, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo.

É fato que tanto na área cível quanto na criminal, o direito material precisa de um instrumento complexo, formal e normatizado de aplicação – a esse instrumento dá-se o nome de processo. Haverá, por essa maneira de pensar, inúmeros pontos de coincidência ou semelhança; a lei processual penal admite interpretação extensiva e aplicação analógica (art. 3º do CPP) e não é por outra razão que isso se dá, no mais das vezes, recorrendo-se à lei processual civil – esta mais completa, moderna e atualizada. Também não é por outra razão que muitos institutos próprios do processo civil acabam sendo incorporados (por vezes de forma atécnica) ao processo penal: o art. 395 do CPP (que disciplina a rejeição da denúncia) fala expressamente em 'pressuposto processual' e 'condição para o exercício da ação', por exemplo.

Reconhecendo essa identidade, pode-se compreender o Direito Processual Penal como esse citado conjunto de normas jurídicas que orientam e disciplinam o processo penal.

Pode-se também (e a maioria das definições vão nesse sentido) compreender o processo como instrumento de resultado, de efetividade, de aplicação do direito material (penal) ao caso concreto.



Todavia, quando se fala das finalidades, das funções ou da 'razão de ser' do processo penal, é importante compreender as diferenças e as impropriedades entre essas áreas do Direito (criminal e cível). Lembre-se, sempre, que o processo penal cuida, regra geral, de direitos indisponíveis, não particulares, onde o interesse estatal, público, está mais presente, deve ser preponderante e orientador dos atos processuais. Ao contrário do processo civil que, em boa medida, tutela bens e interesses disponíveis, particulares e de caráter individual.



Casuística e simplistamente falando, veja-se que o resultado de uma ação cível qualquer, em princípio, interessa somente às partes envolvidas (numa ação de cobrança, numa ação que disputa a propriedade ou a posse de um bem, por exemplo, o resultado da demanda só vai atingir e interessar às partes). Diferentemente, numa ação penal, o resultado, regra geral, não interessa somente à vítima e ao acusado –, interessa à sociedade, seja porque a prevenção geral exige que aqueles que cometem crimes sejam punidos, seja porque a Justiça Penal também deve saber reconhecer e declarar os inocentes (pacificação social). Todos os mecanismos do processo penal devem ser criados, interpretados e aplicados observando-se esses fins. Afinal, de que serve um processo penal que não consegue atingir esses objetivos?

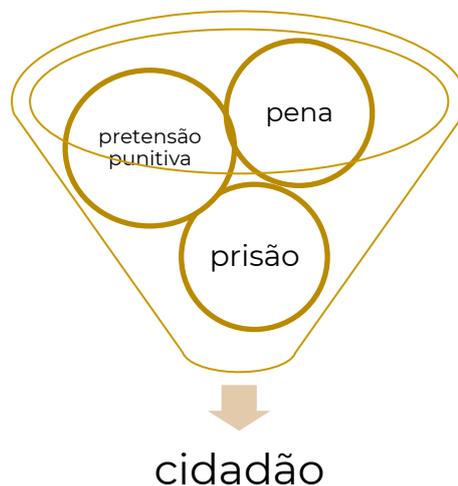
A autotutela é vedada no ordenamento jurídico brasileiro. A ninguém é dado, salvo raras exceções (desforço imediato e legítima defesa, por exemplo), fazer justiça com as próprias mãos. O Estado tomou para si essa função, inclusive erigindo a crime a atitude do cidadão que deixa de observar isso – eis o delito de *exercício arbitrário das próprias razões* (art. 345 do Código Penal).

Na exata medida em que ao cidadão comum é proibido fazer justiça, ao Estado cabe, por dever, efetivá-la. E se a forma de implementá-la é mediante um processo penal, que esse instrumento seja pensado e desenvolvido observando-se esse critério de 'justiça'.



Mas não é só isso. O processo não deve 'voltar os olhos' somente para a sociedade, para a segurança pública, para a vítima, enfim. Deve também marcar posição – e isso é fundamental – como a barreira necessária entre a pretensão punitiva do Estado, detentor do poder, e o acusado e sua liberdade individual. Barreira que se corporifica e se consolida, essencialmente, com os direitos e garantias individuais e com a forma predeterminada com que o processo penal é disciplinado. É sempre bom lembrar que, aos olhos do acusado, o respeito à forma no processo penal representa a sua própria garantia.

É como se o suspeito/acusado – que vive num Estado Democrático de Direito – soubesse que a pretensão punitiva ou a tutela penal só lhe atingirá depois de passar por essa 'barreira', por esse 'filtro' (imagem ilustrativa) que se chama processo. No Brasil, o sujeito passivo da persecução penal, observada a Constituição Federal de 1988 (rica em reconhecer e normatizar direitos e garantias individuais), tem a legítima expectativa de só se ver punido depois de ultrapassada essa 'trincheira' democrática. 'Trincheira' que foi construída não só pelo Brasil, mas também por outros países, a duras penas, após longos períodos de Estados ditatoriais, inquisitivos. Foi essa experiência ruim, aqui e acolá, que consolidou o *devido processo legal*, que tem matizes diferentes conforme se esteja tratando deste ou daquele ordenamento jurídico nos mais variados países democráticos mundo afora.



Nessa perspectiva o processo cumpre a função de um delimitador do poder estatal. E as delimitações são maiores ou menores conforme o ordenamento jurídico, conforme a Constituição e as leis que estejam em vigência (que, claro, podem ser alteradas). Aliás, a própria caracterização de um determinado Estado como 'democrático' passa por essa análise. A Constituição Federal de 1988 é reconhecidamente garantidora em relação aos direitos individuais e isso se compreende facilmente analisando-se o período histórico em que promulgada. Para dar apenas dois exemplos, a Lei Maior, dentre outras, no art. 5º consigna as seguintes garantias:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

No último inciso o famoso princípio da *presunção de inocência* ou da *não-culpabilidade* - estabelecido em termos tais que talvez sejam raros no mundo, principalmente ao se fazer alusão ao "trânsito em julgado" da condenação como marco delimitador entre o reconhecimento da

inocência e da culpa. Veja-se que a Constituição poderia adotar outras opções, a separação (entre a inocência e a culpa) poderia se dar em outro momento do processo (como ocorre em outros países), mas optou o constituinte (opção de política criminal) pelo longínquo (talvez até incerto hoje em dia, dada a quantidade e variedade dos recursos possíveis) momento do trânsito em julgado.

É importante que se compreenda essas garantias como uma opção do constituinte e, mais que isso, como uma opção inderrogável. Elas estão na Constituição, muitas delas no art. 5º, em *cláusulas pétreas*, de maneira que é improdutivo questionar a sua aplicação; quando muito é possível interpretá-las e ajustá-las. Mais exemplos:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...];

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

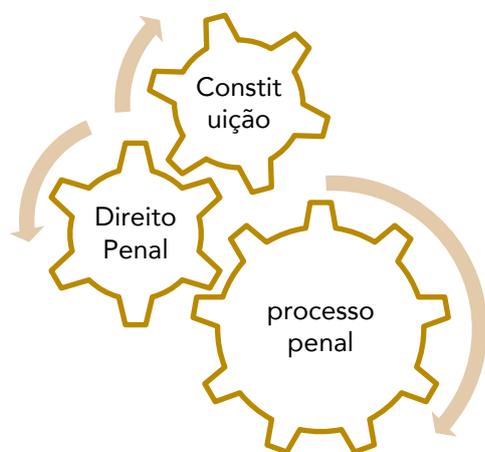


Além de a Constituição criar e reconhecer vários direitos e garantias individuais, as leis infraconstitucionais, em inúmeras situações, não só os regulamentou como também os ampliou. Por exemplo: a CF garante o direito do preso de permanecer calado (conforme destacado acima); o CPP foi além – não bastasse o direito de ficar calado, de não responder as perguntas, consignado no *caput* do art. 186, ainda estabeleceu, no parágrafo único, que o silêncio não importará em confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Os tratados e convenções internacionais acolhidos no Brasil também, em algumas situações, ampliam o leque de direitos e garantias individuais que socorrem ao acusado, por vezes com força de emenda constitucional, nos termos do art. 5º da CF:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.**

§ 3º Os **tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.



Isso (e muito mais) reflete uma opção política e até ideológica do legislador, com a qual se pode até discordar, mas é fundamental que se respeite. Esse respeito é essencial em um Estado de Direito. Nesta obra (voltada a quem pretende fazer concursos públicos), evidentemente, não há espaço para a crítica ideológica (e olha que o autor teria muitas), quando muito a contextualização para a devida compreensão da matéria.

Dentre tantas concepções sobre o Direito Processual Penal e o processo penal, é comum a referência, nos mais variados autores, ao brocardo latino *nulla poena sine iudicio* (nenhuma pena pode ser imposta sem processo), que exprime, nas palavras do Ministro CELSO DE MELLO, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.

Assim é que essas duas categorias jurídicas, pena e processo, andam a par e passo. Se de um lado o **Direito Penal** estabelece os crimes e suas categorias; de outro o **Direito Processual Penal** cuida da elucidação, dos mecanismos normativos para reconhecimento (condenação) ou afastamento (absolvição) do delito, num complexo de atos que têm uma forma preestabelecida, que se sucedem e se entrelaçam entre si (e a isso se chama rito ou procedimento) e que devem respeito e observância aos direitos e garantias individuais.

ESCLARECENDO!



Finalmente, cumpre reconhecer, também como adverte boa parte da doutrina, que o grande desafio do processo penal é ser um instrumento eficaz e efetivo a serviço do sistema criminal e, ao mesmo tempo, a grande salvaguarda dos direitos e garantias individuais. Diante desse dilema e conforme a compreensão de um ou outro autor, a ênfase é dada a essa ou aquela interpretação, surgindo daí grandes divergências e aquela dicotomia de que antes se falou. O equilíbrio, o meio-termo, sem dúvida, é o melhor caminho!

2. FONTES

Falar em fonte significa estudar e analisar de onde algo tem origem, de onde provém. A doutrina clássica assim divide:

- a) **fontes formais:** modo de expressão da norma, de cognição, estamos nos referindo ao 'veículo' do Direito;
- b) **fontes materiais:** fontes criadoras, substanciais, de produção das normas.

De maneira simplificada e didática, GUILHERME MADEIRA assim explica:

Tratando de maneira simplificada, pode-se dizer em resumo:

a) **fontes formais:** responde-se à pergunta sobre qual o veículo do direito (lei, decreto etc.);

b) **fontes materiais:** responde-se à pergunta sobre quem produz o direito (União, Estados, Município). [...]

Neste sentido afirma TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ que: "A questão da consistência (antinomias) e da completude (lacunas) do ordenamento visto como sistema aponta para o problema dos centros produtores de normas e sua unidade ou pluralidade. Se, num sistema, podem surgir conflitos normativos, temos que admitir que as normas entram no sistema a partir de diferentes canais, que, com relativa independência, estabelecem suas prescrições. Se são admitidas lacunas, é porque se aceita que o sistema, a partir de um centro produtor unificado, não cobre o universo dos comportamentos, exigindo-se outros centros produtores. São essas as suposições que estão por detrás das discussões em torno das chamadas fontes do direito".

2.1 FONTES MATERIAIS

Aqui estamos falando, portanto, sobre as fontes criadoras do Direito Processual Penal, de produção das normas. Nesse sentido, vejamos, inicialmente, o que diz a Constituição Federal, a título de regra geral:



Art. 22. **Compete privativamente à União legislar sobre:**

I - **direito** civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]

Parágrafo único. **Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas** das matérias relacionadas neste artigo.

Ora, eis a razão de estar em vigência o Código de Processo Penal, consubstanciado no *Decreto-Lei nº 3.689*, normativo federal lá de 3 de outubro de 1941. Depois disso, não obstante várias reformas, a União não editou (e só ela poderia fazer isso – competência *privativa*) nenhum novo Código.

Desta forma, sempre que um Estado legislar sobre matéria processual, haverá inconstitucionalidade, tendo em vista que a **matéria processual é de competência privativa da União** (Dezem, 2018).

Excepcionalmente, a delegação da União para os Estados é permitida pelo parágrafo único, para *questões específicas*. Todavia, como adverte NUCCI, “não se tem notícia de que isso tenha sido feito recentemente no Brasil” (Nucci, 2018).

Mais competências, só que agora concorrentes, ditadas pela Constituição Federal:

Art. 24. Compete à **União**, aos **Estados** e ao **Distrito Federal** legislar concorrentemente sobre:

I - **direito** tributário, financeiro, **penitenciário**, econômico e urbanístico; [...]

IV - **custas** dos serviços forenses; [...]

X - criação, funcionamento e processo do **juizado de pequenas causas**;

XI - **procedimentos** em matéria processual;

Interessante notar que enquanto a União tem (regra geral) competência privativa para legislar sobre processo, no que diz respeito a procedimento (rito) a competência é concorrente com a dos Estados.

“Os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente com a União, isto é, nas lacunas da legislação federal, cabendo-lhes editar leis que envolvam, de certo modo, direito processual penal” (Nucci, 2018).



Sobre a competência concorrente dos Estados para legislar sobre custas, veja-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CUSTAS E EMOLUMENTOS. LEI ESTADUAL QUE CONCEDE ISENÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE. Lei 12.461, de 7.4.97, do Estado de Minas Gerais. I - Custas e emolumentos são espécies tributárias, classificando-se como taxas. Precedentes do STF. II - **À União, ao Estado-membro e ao Distrito Federal é conferida competência para legislar concorrentemente sobre custas dos serviços forenses, restringindo-se a competência da União, no âmbito dessa legislação concorrente, ao estabelecimento de normas gerais, certo que, inexistindo tais normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades** (C.F., art. 24, IV, §§ 1º e 3º). III - Constitucionalidade da Lei 12.461/97, do Estado de Minas Gerais, que isenta entidades beneficentes de assistência social do pagamento de emolumentos. IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 1624, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003)

Reconhecendo que a disciplina sobre recursos é matéria processual (e não de procedimento), de competência privativa da União, portanto, outro precedente:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.816/2007 DE ALAGOAS, INSTITUINDO DEPÓSITO PRÉVIO DE 100% DO VALOR DA CONDENAÇÃO PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DO ESTADO. **INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL: COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA PROCESSUAL. ART. 22, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.** (ADI 4161, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2014)

[...] encontramos aplicação importante da competência concorrente no contexto da correição parcial. Este recurso, criado por lei federal (Lei 1.533/51 e Lei 5.010/66), padecia da falta de procedimento para o seu processamento, o que foi conseguido pela edição do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Lei de Organização Judiciária), indicando o mesmo rito do agravo de instrumento para tanto (atualmente utiliza-se o rito do recurso em sentido estrito). Outros Estados podem ter atuado da mesma forma. Revogada a Lei 1.533/51, substituída pela Lei 12.016/2009, perde a correição parcial o amparo legal dessa fonte normativa. Porém, a tradição em sua utilização, além dos vários Regimentos de Tribunais, que a consagram, permitem a continuidade de sua existência processual (Nucci, 2018).



A Constituição Federal ainda permite o seguinte aos Estados:

Art. 125. **Os Estados organizarão sua Justiça**, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a **lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça**.

Não é à toa, então, que cada Estado costuma ter sua lei de organização judiciária, disciplinando várias questões, inclusive a especialização e a competência das Varas. Matéria “típica de processo penal”, segundo Nucci.



Outro aspecto importante é destacar a força dos **Regimentos Internos dos Tribunais** para cuidar do rito e processamento de recursos, por vezes com possibilidade de criar determinados tipos de recurso e trâmite interno, como ocorre com o denominado *agravo regimental*. [...] normas processuais penais – diversamente das normas penais, cujo âmbito de criação é limitado à União e excepcionalmente ao Estado, se autorizado por lei complementar – têm mais opções no campo das fontes materiais. E, após a Emenda Constitucional 45/2004, **autorizou-se o STF a editar súmulas vinculantes, que passam a ter força de lei. Logo, temos novas fontes material e formal. O Pretório Excelso, como fonte material; a súmula vinculante, como fonte formal** (Nucci, 2018).

Art. 103-A. O **Supremo Tribunal Federal** poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar **súmula** que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá **efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que,



julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Atualmente, é a Lei 11.417/2006 que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

No que diz respeito aos regimentos internos, eis a previsão da Constituição Federal:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

É importante lembrar, porém, que os regimentos internos jamais poderão ser estabelecidos com normas contrárias às normas processuais e às garantias processuais das partes, tendo em vista o próprio mandamento constitucional [...]. Com tal advertência em mente, cumpre-se a norma constitucional e compatibiliza-se o fato de ato administrativo ser fonte do Direito Processual Penal (Dezem, 2018).

2.2 FONTES FORMAIS

Aqui estamos nos referindo ao veículo básico através do qual emerge a norma processual; ao meio pelo qual uma norma jurídica é revelada, sua 'roupagem'.

O mais usual e o que ocorre na grande maioria das situações é que as normas de processo penal se expressam mediante lei ordinária editada pela União (diante da competência privativa que esse ente federativo detém). Essa é, inclusive, a condição de que se reveste o nosso Código de Processo Penal. Lei em sentido estrito, não se admitindo, segundo a Constituição Federal, medidas provisórias:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a: [...]



b) direito penal, **processual penal** e processual civil;

Mas, pode ocorrer que algumas normas tenham como *fonte formal* lei complementar, emenda e até normas constitucionais.

[...] essas fontes normativas, embora não sejam o palco ideal para cuidar de processo, estão hierarquicamente acima da lei ordinária e provém do Congresso Nacional. Por isso, nada impediria que criassem alguma norma processual penal. Lembremos que a Constituição Federal contém vários dispositivos tratando de matéria concernente a essa área, como a norma do art. 5º, LVIII, cuidando da identificação criminal (“o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”) ou ainda tratando do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), da liberdade provisória (art. 5º, LXVI), dentre outros (Nucci, 2018).

Os tratados e convenções internacionais, hoje em dia, também acabam constituindo uma importante fonte formal do processo penal. Isso foi consolidado pela própria Constituição Federal, em seu art. 5º:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os **tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais**.

Falaremos disso e das *antinomias* mais adiante. Por ora, basta focar na lição de GUILHERME MADEIRA sobre o assunto, em especial no chamado **controle de convencionalidade**:

Normas de direito processual penal existem não apenas no Código de Processo Penal. Também elas estão previstas em tratados e convenções internacionais e na Constituição Federal. Não raro estas normas podem entrar em conflito entre si: o CPP ou mesmo a CF podem apresentar uma disposição que esteja em conflito com tratado internacional. Surge a questão, então, de como compatibilizar estes conflitos (**antinomias**). [...] A análise de determinada disposição legal é objeto de dupla filtragem: de um lado tem-se a análise tradicional do controle de constitucionalidade das leis, que consiste em verificar a compatibilidade entre a disposição legal e a Constituição Federal. No entanto, há outra filtragem a que nosso raciocínio jurídico não está acostumado, trata-se do chamado controle de convencionalidade das leis. O controle de convencionalidade das leis é o filtro que cuida da compatibilidade entre a legislação e



as convenções de direitos humanos. A lição de VALÉRIO MAZZUOLI é clara neste sentido: “à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucional (art. 5.º, § 2.º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5.º, § 3.º) é lícito entender que o clássico ‘controle de constitucionalidade’ deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle (‘de convencionalidade’) da produção e aplicação da normatividade interna.” O controle de convencionalidade pode ser vocalizado em duas ordens. Na ordem interna, o controle de convencionalidade pode ser feito tanto pelo STF quanto por qualquer juiz, de maneira que se assemelha ao controle de constitucionalidade. Na ordem internacional o controle de convencionalidade é feito pelo Tribunal Internacional de Direitos Humanos a que o país esteja submetido e, no caso brasileiro, é a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Dezem, 2018).

O mesmo autor ainda faz um interessante apanhado sobre os costumes como fontes do processo penal:

Discute-se, ainda, se o **costume** pode ser considerado fonte do processo penal. Para JOSÉ FREDERICO MARQUES o costume não pode ser considerado fonte primária do processo penal, muito embora possa ser considerado fonte secundária do processo penal. Já GUILHERME NUCCI entende que os costumes “podem servir de base para expressar normas processuais penais”. MIRABETE, por sua vez, também entende ser possível a utilização do costume tendo em vista o disposto na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (art. 4.º), e afirma que: “Não coartando a liberdade ou qualquer dos interesses dos sujeitos processuais nem contrariando os fins do processo, o costume pode auxiliar na interpretação e mesmo aplicação da norma processual. É o que se tem denominado de ‘praxe forense’”. De nossa parte, pensamos que o costume pode ser considerado como fonte do processo penal, desde que seja para garantir direitos ao acusado. Isto porque, tendo em vista a vertente garantista, que deve ser sobreposta neste aspecto à visão da eficácia, é possível o reconhecimento do costume como fonte do direito para beneficiar o acusado. Como bem lembra Mirabete, há fundamento legal para se reconhecer o costume como fonte do processo penal, qual seja o art. 4.º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Também identificamos fontes formais do processo penal nos princípios gerais de direito e na jurisprudência:

A **jurisprudência** constitui, também, fonte indireta de processo penal, pois acrescenta e/ou elimina determinados significados à letra da lei vigente, que levam à alteração (por vezes completa) da prática forense. Um exemplo disso é a permissão para executar a pena, após a decisão condenatória proferida em segunda instância.



Pela Constituição, norma processual não se confunde com norma procedimental; afinal, ela própria atribui para entes diversos a competência para legislar sobre cada qual (art. 22, I e art. 24, XI, CF).

As regras constantes nos **regimentos internos** dos tribunais têm caráter procedimental. Esse é a melhor interpretação dos arts. 22, I, 24, XI, 96, I, 'a' e art. 125, § 1º da Constituição Federal. Pensar diferente significaria afirmar que o Estado teria legitimidade para editar regras processuais (sem autorização), ao contrário do que estabelece a Constituição.

CURIOSIDADE



Sobre o tema, segue uma questão ainda não definida pela jurisprudência para reflexão: existe um instrumento de impugnação a decisões judiciais que importem em inversão tumultuária do processo quando não houver recursos específicos em lei. Esse instrumento é denominado *correção parcial*. Para alguns tem natureza de medida administrativa e, para outros, de recurso (corrente que, para muitos, prevalece). Não parece haver dúvida de que uma norma que estabelece um recurso tem caráter processual. Se for recurso, deve haver lei nacional estabelecendo (art. 22, I, CF) - o que atualmente não se vislumbra; isso culminaria na inconstitucionalidade de disposições estaduais que prevejam a *correção parcial* como forma de impugnação a decisões. Sobre a questão, confira-se o que diz a doutrina:

É bem verdade que a Constituição Federal atribui à União competência privativa para legislar sobre direito processual (art. 22, I). Sendo a correção parcial um recurso, e, portanto, dotada de natureza processual, não poderia ter sido criada por legislação estadual. Ocorre que essa suposta inconstitucionalidade jamais foi reconhecida pelos Tribunais Superiores, que sempre conheceram de recursos e hábeas corpus contra decisões judiciais proferidas no julgamento de correções parciais. De mais a mais, como não há, no processo penal, a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias, subsiste a utilização da correção parcial para suprir essa lacuna recursal, objetivando a impugnação de decisões tumultuárias proferidas durante o curso do feito (Lima, 2017).

Ao largo dessas ponderações, é possível, sob uma perspectiva ampla, afirmar que os regimentos internos dos tribunais são fontes de direito processual penal; afinal, em muitas oportunidades disciplinam aspectos das normas processuais.

No caso do Regimento Interno do STF há um detalhe interessante. O Supremo possuía competência legislativa, na vigência da Constituição de 1969, para editar normas de direito processual de processos de sua competência. Com a Constituição de 1988, tais regras foram recepcionadas como normas legais. Note-se:

[...] O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, "c"), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente



regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278), revestindo-se, por isso mesmo, de plena legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em cotejo (RISTF, art. 331). - A inadmissibilidade dos embargos de divergência evidencia-se quando o acórdão impugnado sequer aprecia o mérito da questão suscitada no recurso extraordinário. (AI 717226 AgR-EDv-AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2013).

A questão que toca à diferenciação de *processo* e *procedimento* nunca foi bem resolvida. Não existem critérios uniformes e apriorísticos para distinguir o que seja uma norma processual de uma norma procedimental. A doutrina ainda caminha para um melhor desenvolvimento do tema.

3. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A doutrina, quando vai analisar e estudar os mais variados sistemas processuais penais, através da história e mundo afora, acaba por criar algumas 'categorias', estabelecer uma classificação para esses sistemas. A razão disso só pode ser, evidentemente, a comparação estrutural e sistemática dos mais variados ordenamentos jurídicos, inclusive para fins didáticos e de orientação legislativa.

Importante pontuar, de início, que não se conhece, na atualidade, nenhum sistema 'puro' (que não tenha nenhuma característica ou instituto jurídico que remeta a outro sistema), razão pela qual essa categorização deve tomar em conta a preponderância de determinadas características inatas, preponderantes, aquilo que na essência os diferencia. Aliás, é isso que costuma ser cobrado nas questões objetivas dos concursos. As nomenclaturas ou os modelos mais conhecidos, em relação a esses sistemas, são: **acusatório**, **inquisitório** e **misto**.



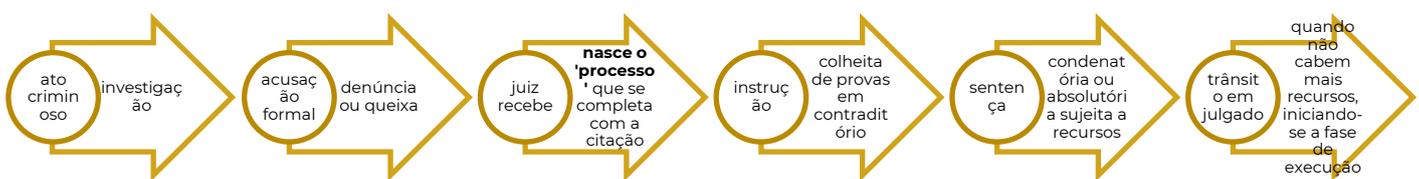
A propósito, o maior critério de distinção entre um sistema e outro toma em conta a acumulação (ou não) das funções numa mesma pessoa/autoridade, dentro de um processo penal. Evidentemente, existem outros critérios ou características que os diferenciam. Porém, esse é o **pressuposto estrutural lógico** (conforme assertiva cobrada em concurso da DPE/MA-2015) de distinção dos sistemas.

Cumpramos reconhecer, também, que a definição de um sistema como pertencente a uma ou outra categoria pode tomar em conta somente o processo penal ou, eventualmente, também a fase de investigação/inquérito (este essencialmente inquisitivo) – daí surgem, inclusive, divergências nas classificações entre os autores.



Aliás, lembre-se que o processo penal é apenas uma fase ou etapa daquilo que se concebe como **persecução penal**. Esta, normalmente mais abrangente e longa, começa com o ato criminoso e vai até a decisão definitiva (trânsito em julgado da sentença) – envolve, portanto, toda a fase de investigação e todo o processo, inclusive nas suas fases recursais.

O processo penal **começa com o recebimento da acusação** (denúncia ou queixa) e tem **completada sua formação com a citação do acusado**, nos termos do art. 363 do CPP. A produção de provas que dentro do processo se realiza (com contraditório e ampla defesa) se chama **instrução criminal**; diferente de **investigação**, termo que reflete a colheita de elementos de informação e a elucidação do caso em fase pré-processual (sem contraditório e sem ampla defesa).



A representação gráfica acima mostra o que se conhece como **persecução penal**, que normalmente começa com o a suposta ocorrência do crime e se desenvolve até o momento da decisão final, não mais passível de recursos. Depois disso o que se tem é a fase de **execução penal**.

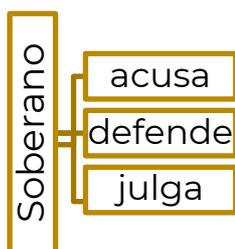
Por óbvio, a adoção de um ou outro sistema toma em conta um determinado período histórico (pode alterar-se paulatinamente ao longo do tempo) e, principalmente, o regime de governo de determinado país ou a relação entre Estado e indivíduo. São vários os exemplos de sociedades que já tiveram um processo acusatório, mudaram para o inquisitorial e posteriormente voltaram a ter um sistema preponderantemente acusatório. É que ambos os sistemas (acusatório e inquisitório) têm suas vantagens e desvantagens.

3.1 SISTEMA INQUISITORIAL/INQUISITÓRIO/INQUISITIVO

Observado o maior critério de distinção antes citado, no sistema inquisitório **uma mesma pessoa ou agente do Estado acumula todas as funções essenciais do processo**: defender, acusar e julgar – principalmente as duas últimas.

Esse critério está muito ligado à gestão da prova no processo penal. Normalmente em sistemas inquisitoriais, como um mesmo agente acusa e julga, também será essa autoridade que irá determinar e orientar a prova num ou noutro sentido. Essa mesma pessoa, fazendo as vezes de acusador, defensor e julgador, acabaria por ter as 'rédeas' e determinaria a marcha da produção probatória, por vezes vinculada a uma concepção de culpa já preestabelecida, fulminando com a imparcialidade.





Em sistemas inquisitoriais há uma concentração de poder em relação ao juiz ou alguma outra autoridade que preside o procedimento. Justamente, são esses superlativos poderes e essa acumulação de funções que acabam por fomentar arbitrariedades e abusos – eis aí a grande desvantagem do sistema. A imparcialidade, via de regra, também fica comprometida em razão disso.

No processo inquisitório o réu não é visto como parte, como sujeito da relação processual, com direitos e garantias individuais – está muito mais para um objeto (de onde toda a verdade deveria ser extraída) ou algo que está à mercê do processo, das provas, dos atos e das decisões da autoridade.

Outra característica desse sistema seria o fato de não haver contraditório efetivo, ampla defesa e não se operar uma verdadeira dialética processual. O processo iniciar-se-ia de ofício (independente da iniciativa das partes), com impulso oficial, e as provas seriam determinadas independentemente da proposição das partes.

No século XIII a Igreja adotou o processo inquisitório na repressão das infrações penais praticadas pelos hereges (Inocêncio III, Concílio de Latrão, de 1215) (Tornaghi, 1997). O processo inquisitivo nasceu no seio da Igreja Católica que viu seus interesses ameaçados com o surgimento de seitas religiosas que representavam uma ameaça ao seu poder, criando a necessidade de organismos de repressão. Aquilo que começou como a Inquisição da Igreja Católica – que aplicava o direito canônico, impondo aos hereges as penas cabíveis pelo desrespeito à crença cristã –, rapidamente se alastrou pela Europa e o segredo, a prisão arbitrária e a tortura passaram a ser atributos dessa espécie de processo ou sistema, onde a confissão era determinante.

Assim, o crime era considerado ‘pecado’ e o processo um caminho terapêutico de cura da alma, por meio de uma penitência (pena) (Netto, 2009). O sistema de provas tarifadas era o que vigorava, de maneira que cada prova tinha um valor predeterminado e diverso e, nesse sentido, a confissão era denominada a ‘rainha das provas’, suplantando qualquer outra, mesmo que obtida mediante tortura.

Diferente do que alguns podem pensar, na antiguidade o processo era acusatório; só mais tarde, por volta do século XIII, é que, paulatinamente, o sistema inquisitório foi se consolidando e se sobrepondo ao acusatório. Como bem aponta HÉLIO TORNAGHI, na obra citada, foram justamente as desvantagens e os perigos do processo acusatório (impunidade, acusações falsas, desamparo dos fracos, deturpação da verdade, dificuldade de julgamento e inexecutabilidade da sentença) que fizeram com que se buscasse, aos poucos, um novo caminho para o sistema processual (que passou a ser inquisitório).

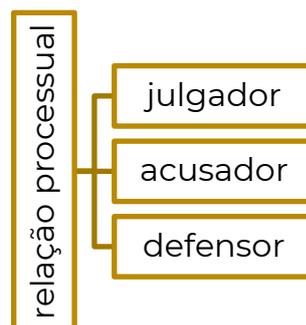


O processo inquisitório normalmente era escrito e sigiloso, mas essas características não são essenciais para a sua definição. Nada impede que um processo inquisitivo assuma, ao mesmo tempo, a forma pública e oral.

Historicamente, o sistema inquisitivo entrou em declínio com a Revolução Francesa.

3.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

Esse foi o sistema que perdurou por toda a antiguidade grega e romana (lá tem suas raízes) e também no começo da Idade Média. Segundo boa parte dos autores, o processo, por esse sistema, tem **separadas e bem delimitadas as funções de cada sujeito processual. As atividades de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas ou agentes distintos.**



A prova compete às partes, assim como a iniciativa probatória é do autor e do réu (gestão das provas); a reconstrução dos fatos é realizada mediante contraditório, diante do qual acusação e a defesa se contrapõem em igualdade de condições perante um juiz imparcial. Ganha evidência, no sistema acusatório, a ideia do processo como *actum trium personarum*, estando o juiz equidistante das partes e não podendo ele dar início a persecuções penais ou processos. A titularidade da ação é atribuída a outra pessoa ou agente do Estado, não sendo dado ao juiz iniciar o processo (*ne procedat iudex ex officio*).

O acusado assume posição como sujeito de direitos, não é um mero objeto e passa a ter influência na marcha e no conteúdo do processo, por ele (réu) passando, necessariamente, a reconstrução probatória dos fatos.

Por esse sistema – onde predomina a publicidade (viabilizando a fiscalização da sociedade), há igualdade de direitos e obrigações entre as partes –, o réu é inicialmente tomado como inocente (*estado de inocência*), exigindo-se uma acusação certa (por pessoa outra que não o julgador), que lhe viabilize defesa, e em relação à qual poderá exercer contraditório e produzir provas, numa forma dialética e dentro de um processo que será julgado por um juiz imparcial. A oralidade também é uma característica muito presente.

Em questão discursiva, o tema já foi cobrado da seguinte forma:

(MPE-PR – Promotor de Justiça – 2014) Discorra sobre a seguinte assertiva: “Com as últimas reformas legislativas, alguns artigos do CPP, com traços do sistema penal inquisitório, foram revogados ou alterados, mas persistem dispositivos em descompasso com o sistema constitucional acusatório”.



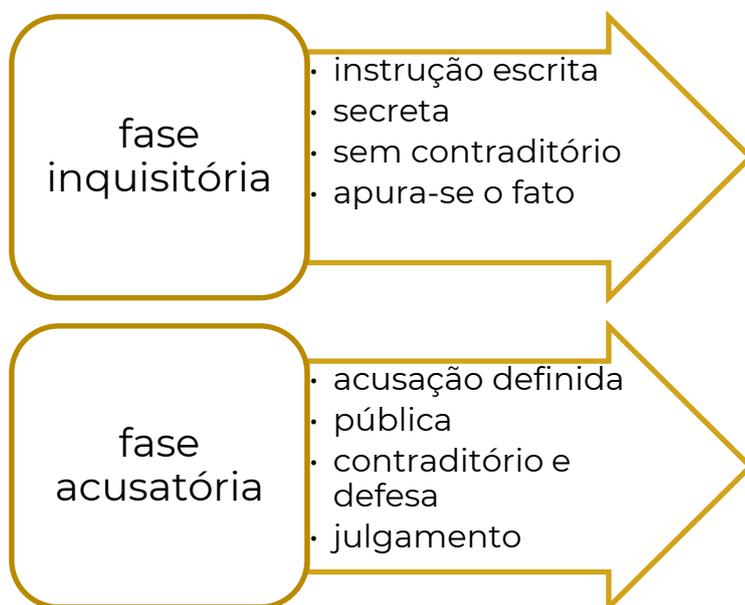
3.3 SISTEMA MISTO / FRANCÊS / ACUSATÓRIO FORMAL

Ideias filosóficas do século XVIII, particularmente ligadas à Revolução Francesa de 1789, exerceram grande influência no sistema de processo penal, modificando substancialmente os seus fundamentos, principalmente com a introdução de alguns institutos característicos do processo inglês (Tornaghi, 1997).

O marco formal de nascimento do sistema misto se deu com o *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808, na época de Napoleão, como uma reação contra o processo inquisitivo, tendo se espalhado por toda a Europa no século XIX, misturando elementos e características dos sistemas antes analisados.

O sistema seria misto porque nele o processo se desdobra em duas fases; a primeira é tipicamente inquisitória, a outra é acusatória. Na primeira fase ocorre instrução escrita e secreta, sem acusação, e, por isso mesmo, sem contraditório. Apura-se o fato em sua materialidade e autoria, ou seja, a imputação física do fato ao agente. Na segunda etapa o acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga. É pública e oral.

O **sistema acusatório formal** (outro nome para o mesmo sistema) é aquele constituído de uma instrução inquisitiva (de investigação preliminar e instrução preparatória) e de um posterior juízo contraditório (de julgamento) (Mirabete, 2005).



Numa reconstrução histórica, pode-se pensar, para efeito didático, que o sistema misto deu início à investigação, ao inquérito, tal como hoje são basicamente conhecidos. Lembre-se que no Brasil a persecução penal se divide em duas etapas: uma primeira pré-processual de investigação (sem contraditório) e uma segunda com o processo (com contraditório e ampla defesa) e, por essa forma de pensar (tomando em conta a persecução penal, como um todo), seria um sistema misto.



3.4 SISTEMA BRASILEIRO

ESCLARECENDO!



Pois bem. E qual seria o sistema do Brasil?

Tem autores que classificam o sistema brasileiro como acusatório, outros o veem como misto e, em menor número, os que o identificam como inquisitório.

A divergência é muito grande porque a classificação (do Brasil ou de qualquer outro país do mundo) vai variar conforme os critérios eleitos para identificar os sistemas (históricos ou contemporâneos, de acordo com parâmetros de época ou conforme elementos doutrinários analíticos criados ao longo do tempo – há uma certa confusão nisso na doutrina) e também conforme aquilo que, exatamente, se esteja classificando.

Claro, ao se classificar qualquer coisa, antes de mais nada, é preciso eleger os critérios ou padrões de identificação (históricos ou contemporâneos, doutrinários, legais ou constitucionais etc.) e se delimitar exatamente o objeto ou a extensão daquilo que se procurará classificar (o processo somente ou toda a persecução penal).

Exemplificando: ao se olhar para a persecução penal, como um todo, considerando suas duas etapas (investigatória e processual), tem-se a impressão de que o sistema brasileiro é misto; ao contrário, ao se olhar apenas para o processo (que começa só depois da acusação formal recebida), a conclusão é de que o sistema é acusatório ou, pelo menos, preponderantemente acusatório já que tem alguns elementos ou resquícios do sistema inquisitivo.

E de acordo com as normas, qual seria o sistema brasileiro? Ao se olhar para a Constituição Federal, sua estrutura funcional, em especial para os direitos e garantias individuais, tem-se a nítida conclusão de que o sistema brasileiro é acusatório; ao contrário, em se tomando em conta apenas o CPP, que é de 1941 e sofreu várias reformas, diria a maioria que é misto, senão inquisitivo.

Há autores, como EUGÊNIO PACELLI, por exemplo, que defendem que a classificação se refere a sistemas de processo e, assim sendo, a identificação não pode tomar em conta a fase de investigação (pré-processual). Com base nessa ótica, não se poderia dizer que o sistema processual brasileiro é misto.

Ao se tomar em conta a atuação do juiz criminal, a possibilidade de determinar provas, a tendência seria dizer que o sistema brasileiro é misto, na exata medida em que as partes têm a iniciativa probatória mas a lei permite isso ao juiz também, por vezes de forma suplementar. A gestão da prova no processo penal brasileiro, atualmente, não fica inteiramente nas mãos das partes.

AURY LOPES JÚNIOR, por outra maneira de pensar, critica a insuficiência conceitual do sistema processual misto. Diz que não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos.



A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.

Basicamente, na visão desse doutrinador, o princípio informador seria baseado na **gestão da prova** e, por decorrência, na **imparcialidade**. Sistemas que deixassem a gestão da prova nas mãos das partes seriam acusatórios; ao contrário, se a gestão da prova ficasse nas mãos do juiz, ou mesmo se permitisse ao juiz a iniciativa probatória, o sistema seria inquisitório.

Entende ele que a separação das atividades de julgar e acusar é importante para identificação do sistema acusatório, mas essa separação não pode ser só inicial, sendo necessário que persista em todos os momentos do processo, jamais podendo o juiz assumir um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora – somente isso permitiria a imparcialidade do julgador. Arremata expressando que o processo penal brasileiro é essencialmente *inquisitório*, ou *neoinquisitório* (Júnior, 2017).



Observamos que a maior parte das questões de concurso público sobre esse tema acabam cobrando as características, as diferenças entre os sistemas, por vezes com uma compreensão, por parte das bancas examinadoras, de que o sistema inquisitório seria incompatível com os direitos e garantias individuais

(você perceberá isso nas questões trazidas ao final da aula).

INQUISITÓRIO	ACUSATÓRIO
acumulação de funções	separação de funções
gestão da prova nas mãos do Estado	gestão da prova nas mãos das partes
sem contraditório	com contraditório
preponderância da vontade soberana	igualdade das partes (acusação x defesa)
desequilíbrio na relação (réu x Estado)	paridade de armas, equilíbrio, isonomia
início oficioso do processo	<i>ne procedat judex ex officio</i> , inércia jurisdicional
acusado sem mecanismos de contraposição no processo, sem dialética	bilateralidade de audiência, com efetiva possibilidade de intervenção pelas partes
normalmente secreto e escrito	normalmente público e oral
acusado como objeto de prova	réu como sujeito de direitos
réu potencialmente culpado	réu presumidamente inocente
réu deve demonstrar sua inocência	ônus da prova para a acusação
sistema tarifado de provas	sistema de livre convencimento
confissão como 'rainha das provas'	equivalência entre as provas

Finalmente, cumpre atentar para a introdução do art. 3º-A no CPP, operada pela Lei 13.964/2019 nos seguintes termos:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.



Ao largo, portanto, de todas as discussões doutrinárias, parece claro que o legislador optou por uma “estrutura acusatória” para o processo penal brasileiro, deixando a gestão das provas nas mãos das partes e proibindo que o juiz substitua a acusação nesse quesito; ou seja: o juiz não pode fazer as vezes da acusação para efeito de determinar as provas que sejam necessárias para a prova da imputação.

Persistem os arts. 156 e 209 (dentre outros) no Código de Processo Penal, que permitem a determinação de provas pelo juiz; mas isso é assunto para outro momento.

4. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL

Sem desconhecer as variadas concepções do que seja princípio e sem esmiuçar a distinção que a doutrina faz entre princípios, normas, regras e postulados, tomaremos os princípios como mandamentos nucleares, regras fundantes, proposições constitutivas de um sistema.

Os princípios que regem o Direito Processual (penal) constituem o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico-processual (penal), sem desmerecer e reconhecer os princípios gerais do direito que lhe antecedem (Rangel, 2017).

O Processo Penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representam senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado (Filho, 2011).

Precisamos reconhecer que dentro de um sistema, os princípios podem ou não ter fontes normativas expressas e específicas, podem estar explícitos ou implícitos e normalmente se apresentam interligados e relacionados.

Os princípios podem estar concebidos na Constituição Federal (e muitos estão lá), nas leis infraconstitucionais e, ainda, nos tratados internacionais firmados pelo Brasil, como é exemplo a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

A propósito, quando o Plenário do STF julgou o Recurso Extraordinário 466.343/SP, decidiu que *tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal*⁴. A decisão tomou por base o que estabelece a Constituição Federal, ao final do seu art. 5º:

⁴ RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL.



§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.**

§ 3º Os **tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais.**

GUSTAVO BADARÓ tem uma explicação bastante didática sobre o assunto e sintetiza dizendo que o STF passou a considerar que a CADH tem *natureza supralegal* (posição do Ministro Gilmar Mendes) ou *materialmente constitucional* (posição do Ministro Celso de Mello). As normas da Convenção não são formalmente constitucionais (característica que outros tratados podem ter) justamente porque não foram aprovadas pelo quórum qualificado (em 2 turnos, 3/5 dos votos) previsto para as emendas. Assim, qualquer norma infraconstitucional que conflite com as garantias dessa Convenção, anterior ou posterior à promulgação de tal tratado, não mais poderá ter aplicação (Badaró, 2017).

Existem princípios, ainda, que não têm previsão expressa e pontual no ordenamento jurídico. Decorrem do sistema, da sua estrutura, da sua organização e de normas correlatas que se conjugam para a sua concepção.

Há autores que destacam alguns princípios como fundantes, estruturais, a exemplo do que seriam a *dignidade da pessoa humana* e o *devido processo legal*.

Pois bem. Aqui trataremos dos princípios fundamentais que orientam o processo penal, sem descuidar de outros que ao longo da obra serão tratados de forma complementar em relação aos mais variados temas. Neste ponto, realizaremos uma abordagem mais ampla, delineando as ideias mais relevantes em relação aos princípios, deixando o aprofundamento para o momento da contextualização em cada ponto da matéria.

4.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

A base normativa desse axioma está na Constituição Federal, art. 5º, no capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos:

LVII - **ninguém será considerado culpado** até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Também existe previsão do princípio na *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (art. 8º, item 2), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969:



Toda pessoa acusada de delito tem **direito a que se presuma sua inocência** enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

A propósito: percebemos que a CF fala em 'não se considerar culpado', enquanto a Convenção refere a que se 'presuma sua inocência' – daí a existência de duas nomenclaturas para o mesmo princípio. Para uns, 'presunção de inocência'; para outros, princípio da 'não culpabilidade'. Também há os que se referem a princípio ou **estado de inocência** – questão de terminologia apenas.

Essa ideia também se identifica em outras convenções e tratados internacionais como, por exemplo, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789):

Art. 9º. Todo acusado é **considerado inocente** até ser declarado culpado [...].

Olha o que diz a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948:

Artigo 11. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o **direito de ser presumido inocente** até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Em sentido semelhante, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (entrou em vigor em 1953), cujo nome oficial é *Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais*:

Art. 6º. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção **presume-se inocente** enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

Esse é, sem dúvida, um dos princípios mais caros e importantes do processo penal. Inúmeras são as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do seu alcance e interpretação. Exemplo disso são as várias decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, em apertada maioria, mudando a compreensão sobre a possibilidade ou não de execução provisória da pena.

Em síntese e na lição de RENATO BRASILEIRO, "pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)" (Lima, 2017).

O objetivo do princípio é "garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural [daí a referência a estado de



inocência], razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável” (Nucci, 2018) que a acusação evidencie com provas suficientes, acima de dúvida razoável, a culpa do réu.

Assim como a presunção de boa-fé atende aos cidadãos na esfera cível, com muito mais força e base principiológica a presunção de inocência socorre aos jurisdicionados na esfera processual penal.

Há se tomar e se ‘considerar’ (esse é o verbo utilizado) as pessoas como inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória; em outras palavras, até que a decisão se torne definitiva. Por outra maneira de pensar: não há como se tachar culpa a ninguém antes do devido processo legal, este que, no nosso sistema, não se perfaz sem contraditório e ampla defesa.

Na lição de tradicionais juristas portugueses, não há qualquer fundamento lógico-jurídico para a presunção de inocência do arguido (réu). “Trata-se tão só de um princípio com um fundamento político, fruto de uma evolução da sociedade e uma conquista da civilização. Princípio que se traduz na opção do risco de se ver absolvido um culpado, relativamente à eventualidade de se condenar inocentes, ainda que o número daqueles seja superior ao destes” (Pinheiro, 1974).

Interessante notar que a extensão dada ao princípio pela Constituição brasileira é maior que a normalmente dada por outros tratados internacionais e constituições. Nossa Carta Magna fala em não se considerar culpado ‘**até o trânsito em julgado**’; a CADH, por exemplo, refere a ‘comprovação legal de culpa’, sem exigir decisão definitiva ou esgotamento recursal. Numa interpretação literal e tal como colocado na CF, tal axioma seria de uma envergadura e amplitude singulares no mundo – uma das razões pelas quais o STF, em alguns momentos, minimizou o seu alcance.

Adverte MIRABETE:

De tempos para cá, entretanto, passou-se a questionar tal princípio, que, levado às últimas consequências não permitiria qualquer medida coativa contra o acusado, nem mesmo a prisão provisória ou o próprio processo. Por que admitir-se um processo penal contra alguém presumidamente inocente? Além disso, se o princípio trata de uma presunção absoluta (*juris et de jure*) a sentença irrecorrível não a pode eliminar; se trata de uma presunção relativa (*juris tantum*), seria ela destruída pelas provas colhidas durante a instrução criminal antes da própria decisão definitiva.

O que se entende hoje, como diz Florian, é que existe apenas uma tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um **estado de inocência**, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Assim, melhor é dizer-se que se trata do “princípio de não-culpabilidade”. Por isso, a nossa Constituição Federal não “presume” a inocência, mas declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença

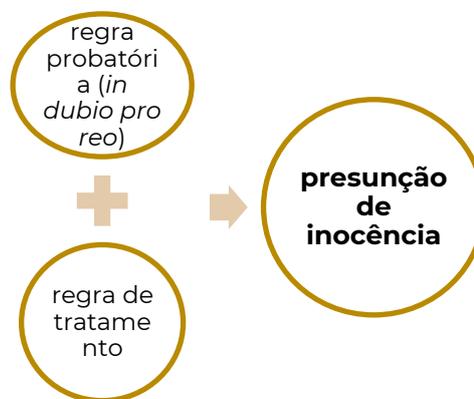


penal condenatória” (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.

Em decorrência do estado de inocência, deve-se concluir que:

- ✓ a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, por necessidade, segundo estabelece a lei processual;
- ✓ o réu não tem o dever de provar sua inocência – cabe ao acusador comprovar a sua culpa;
- ✓ para condenar o acusado, o juiz deve ter convicção (sem ‘fundada dúvida’) de que ele é responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*in dubio pro reo*) (Mirabete, 2005).

Aliás, a presunção de inocência é um princípio muito atrelado ao *in dubio pro reo*. “Ambos os princípios – o primeiro mais compreensivo e englobando o segundo – nascem de uma óptica idêntica de encarar o arguido e têm os seus reflexos em especial no ônus da prova” (Lima, 2017).



Conforme boa parte da doutrina, do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a *regra probatória* (também conhecida como regra do juízo) e a *regra de tratamento*.

4.1.1 Regra probatória

Aqui se verifica a nítida vinculação com o *in dubio pro reo*. A parte acusadora tem o ônus de demonstrar e comprovar a culpa do acusado, acima de qualquer dúvida razoável. Não é o réu que tem de demonstrar que é inocente; ao contrário, é a acusação que tem de provar que ele praticou o fato imputado.

A fórmula inversa (e não aceita) a essa regra seria: ao acusado incumbe demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe são imputadas.

Citando ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, em passagem bastante sintética e pontual, RENATO BRASILEIRO traz os consectários dessa regra probatória:

a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova);

- b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado;
- c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal);
- d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio).

É máxima que tem de ser utilizada quando da apreciação da prova, de maneira que sempre que houver dúvida razoável, o caminho político previamente determinado pela Constituição será o da absolvição.

O *in dubio pro reo* só incide até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, na **revisão criminal**, que pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, não há falar em *in dubio pro reo*, mas sim em *in dubio contra reum*. O ônus da prova quanto às hipóteses que autorizam a revisão criminal (CPP, art. 621) recai única e exclusivamente sobre o postulante, razão pela qual, no caso de dúvida, deverá o Tribunal julgar improcedente o pedido revisional (Lima, 2017).

4.1.2 Regra de tratamento

A ideia é que, independentemente da inicial convicção que a prisão, as circunstâncias e as condições pessoais do réu/indiciado/suspeito possam trazer sobre sua autoria e culpa, necessariamente ele deve ser tido e tratado como se inocente fosse.

O Estado não pode se portar em relação aos acusados em geral, antes do trânsito em julgado, como se eles culpados fossem. Nesse sentido, por exemplo, não se admite que o juiz aplique uma medida cautelar (prisão ou qualquer outra) com a intenção (expressa ou velada) de, antecipadamente à condenação definitiva, penalizar o acusado, por mais grave que seja o crime. Nesse sentido, disposição trazida no CPP pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Art. 313. § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.



Também com base nessa regra, os tribunais de há muito não admitem qualquer tipo de prisão decorrente ou imposta pela lei, sem criteriosa análise judicial e empírica do caso. A regra geral é a liberdade, mesmo para os acusados que são condenados em primeira instância. O raciocínio, então, é simples: na exata medida em que devo considerar o réu inocente (a regra de tratamento



isso impõe), nenhuma norma pode lhe impor restrição automática à liberdade sem uma análise judicial concreta sobre a efetiva **necessidade** da medida que, inarredavelmente, se deve revestir de natureza cautelar⁵.

Nesse ponto, é importante esclarecer que as prisões provisórias (flagrante, preventiva e temporária), realizadas durante o andamento da persecução, em muitos casos antes mesmo da sentença e do próprio processo, não são incompatíveis com o estado de inocência. Desde que, evidentemente, essas prisões tenham natureza cautelar e não representem prejulgamento e antecipação de pena - lembrando que essas medidas têm previsão constitucional e legal.

Essa regra de tratamento se impõe nos procedimentos e casos concretos, internamente, principalmente em relação ao juiz. Nenhuma decisão ou medida deve ser decretada (antes da condenação definitiva, claro) tomando-se o réu/indiciado/suspeito como culpado.

Claro que a regra de tratamento não pode ser vista de uma forma radical, com uma interpretação literal superlativa, sob pena de ter-se como inconstitucional qualquer medida cautelar que eventualmente seja necessária.

4.1.3 Execução da pena antes do trânsito em julgado

Resolvemos, neste ponto, falar sobre a execução da pena antes do trânsito em julgado porque essa questão, hoje, é intimamente relacionada com o princípio da presunção de inocência.

Nas palavras do Ministro TEORI ZAVASCKI, “o tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”⁶.

Alguns autores, como por exemplo GUSTAVO BADARÓ, defendem que uma das principais repercussões do *estado de inocência* seria a impossibilidade de execução provisória ou antecipada de pena. Todavia, recentemente (e a discussão está muito atual), o STF não entendeu dessa forma

⁵ Falaremos mais disso durante o curso, quando tratarmos de medidas cautelares.

⁶ HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PUBLIC 17-05-2016.



e precisamos compreender as razões da Suprema Corte, inclusive a modulação interpretativa outorgada ao princípio da presunção de inocência.

O retrospecto histórico dessa celeuma jurídica é bem feito por RENATO BRASILEIRO:

Pelo menos em regra, os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo (CPP, art. 637, c/c arts. 995 e 1.029, §5º, ambos do novo CPC). Por isso, prevaleceu, durante anos, o entendimento jurisprudencial segundo o qual era cabível a execução provisória de sentença penal condenatória recorrível, independentemente da demonstração de qualquer hipótese que autorizasse a prisão preventiva do acusado. O fundamento legal para esse entendimento era o disposto no art. 637 do CPP: “O recurso extraordinário não terá efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. Assim, ainda que o acusado tivesse interposto recurso extraordinário ou especial, estaria sujeito à prisão, mesmo que inexistentes os pressupostos da prisão preventiva.

Nessa linha, o STJ editou a súmula nº 267, segundo a qual a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Portanto, mesmo que o acusado tivesse permanecido solto durante todo o processo, impunha-se o recolhimento à prisão como efeito automático de um acórdão condenatório proferido por órgão jurisdicional de segundo grau, ainda que a decisão condenatória não tivesse transitado em julgado em virtude da interposição dos recursos extraordinário e especial.

Ocorre que, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078 no ano de 2009, o Plenário do Supremo, por maioria de votos (7 a 4), alterou a sua orientação jurisprudencial até então dominante para concluir que a execução da pena só poderia ocorrer com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Logo, a despeito de os recursos extraordinários não serem dotados de efeito suspensivo, enquanto não houvesse o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não seria possível a execução da pena privativa de liberdade, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, cuja decretação, todavia, estaria condicionada à presença dos pressupostos do art. 312 do CPP (Lima, 2017).

Então, com o julgamento do HC 126.292, em decisão de 17/02/2016 e por maioria de votos (6x5), o Plenário do STF, na relatoria do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, compreendeu que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.”

Essa decisão histórica é muito importante (recomendamos a leitura integral), em particular no que diz respeito ao *estado de inocência*; é recheada de votos consistentes e bem fundamentados e, ao largo de outros argumentos infraconstitucionais, pragmáticos, convém transcrever passagens



esclarecedoras sobre o referido princípio (com alguns destaques). É importante que você compreenda o delineamento e a extensão que a jurisprudência plenária mais atual da Corte Máxima deu em relação ao princípio da não culpabilidade. São mais de 100 páginas que reduzimos a poucas laudas, trazendo primeiro os votos vencedores (com o nome do Ministro em azul), nas suas principais passagens e, na sequência e da mesma forma, os votos vencidos (nome do Ministro em vermelho).

TEORI ZAVASCKI (relator, voto vencedor) - O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório. [...] Antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. [...] A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

EDSON FACHIN (posição majoritária) - Interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu. [...] Não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais. Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado. Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

LUÍS ROBERTO BARROSO (posição majoritária) - A Constituição Federal proclama, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência, ou – no termo mais técnico – o princípio da presunção de não culpabilidade. Desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009, vigeu nesta Corte o entendimento de que essa norma não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp). Em linhas gerais, isso se dava pelo fato de que tais recursos não desfrutavam de efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas. Em julgamento realizado em 5.02.2009, porém, este entendimento foi alterado em



favor de uma leitura mais literal do art. 5º, LVII. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro EROS GRAU, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. [...] É pertinente aqui uma brevíssima digressão doutrinária acerca do tema da **mutação constitucional**. Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado. [...] Tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com *status* constitucional. Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. [...] Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5ª, LXI, da Carta de 1988. Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória). [...] No sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.). Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente. [...] Os direitos ou garantias não são absolutos, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. As **regras** são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Já os **princípios** expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação, tendo como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade. Pois bem. Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatuta constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo. [...] Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal



competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros. Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais. Na presente hipótese, não há dúvida de que a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. Afinal, um direito penal sério e eficaz constitui instrumento para a garantia desses bens jurídicos tão caros à ordem constitucional de 1988. A exigência de uma intervenção eficaz não é, porém, incompatível com a defesa de uma intervenção mínima do direito penal. Um direito penal efetivo, capaz de cumprir os seus objetivos, não precisa de excesso de tipificações, nem de exacerbação de penas. Na clássica, mas ainda atual lição de Cesare Beccaria: “*A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade*”. Assim sendo, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.

LUIZ FUX (posição majoritária) – [...] no meu modo de ver, aqui houve uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade. A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra *mater* de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. E presunção de inocência é o que está escrito na



Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada.” Não há necessidade do trânsito em julgado. [...] A coisa julgada está intimamente vinculada à ideia da imutabilidade da decisão. Coisa julgada significa a imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão. E é exatamente o que ocorre no processo penal, como aqui foi destacado pelo Ministério Público, pelo voto do Ministro Teori, Ministro Fachin, Ministro Barroso, com relação àquela matéria fático-probatória. Há uma coisa julgada singular, porque, aquilo ali, em regra, é imutável, indiscutível, porque não é passível de análise no Tribunal Superior. Só se devolvem questões constitucionais e questões federais. E, eventualmente, *ad eventum*, e à luz da realidade prática muito difícil, pode-se, eventualmente, constatar um vício de inconstitucionalidade. Mas a verdade é que é possível se entrever uma imutabilidade com relação à matéria de mérito da acusação das provas e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional. E isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, recentemente, que se admite a coisa julgada em capítulos. [...] Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento. [...] É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional. [...] essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social. [...] ‘A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos.’ [...] Konrad Hesse, na sua obra sobre ‘A Força Normativa da Constituição’ [...]: ‘Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.’ O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.

CÁRMEN LÚCIA (posição majoritária) – [...] a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. Todos são considerados inocentes até prova em contrário, e se resolveu que, pelo sistema administrativo brasileiro, que permite consequências também na esfera do Direito Civil, admitir-se-ia o princípio da não culpabilidade penal. Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais.

GILMAR MENDES (posição majoritária) - se nós notarmos, ao longo do desenho jurídico positivo, vamos ver que o próprio legislador lida com esse tema de maneira variada, dizendo, por exemplo, que bastam indícios para que se justifique a busca e apreensão. Logo, portanto, atenuando a ideia de uma presunção de inocência que tornasse o indivíduo quase que insuscetível de ser investigado. [...] O núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. [...] a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado. O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa. Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam “fundadas razões” – art. 240, §1º, do CPP. Para tornar o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além de dúvida razoável. E, aí, eu vou citar um clássico do nosso Direito, que é Eduardo Espínola Filho, ao afirmar que “a presunção de inocência



é vária”, dizia ele na linguagem singular, “segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume III. Campinas: Bookseller, 2000. p. 436). Portanto, suscitando que isso é passível, usando uma linguagem da teoria dos direitos fundamentais, de uma conformação por parte inclusive do legislador. Não é um conceito, quer dizer, estamos falando de um princípio, não de uma regra. Aqui, não se resolve numa fórmula de tudo ou nada. É disso que se cuida quando Eduardo Espínola Filho fala dessa gradação. Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. [...] Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos. Note-se que a Lei da Ficha Limpa considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados, a partir do julgamento em Tribunal (art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar 64/90, introduzido pela Lei Complementar 135/10). Essa norma é constitucional, como declarado pelo Supremo Tribunal (Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgadas em 16.2.2012). Ou seja, a presunção de não culpabilidade não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação criminal surta efeitos severos, como a perda do direito de ser eleito. Igualmente, não parece incompatível com a presunção de não culpabilidade que a pena passe a ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso. Como reforço, acrescenta-se que uma análise do direito comparado permite verificar que a extensão da garantia contra a prisão até o trânsito em julgado está longe de ser preponderante. Nem todas as declarações de direitos contemplam expressamente a não culpabilidade. Em sua maioria, as que contemplam afirmam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8, 2: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê, no artigo 6º, 2, que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Disposições semelhantes são encontradas no direito francês (artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), canadense (seção 11 da Carta de Direitos e Liberdades) e russo (artigo 49 da Constituição). Todas escolhem, como marco para cessação da presunção, o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. Resta saber em que momento isso ocorre. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, interpretando o dispositivo da Convenção Europeia, afirma que a presunção pode ser tida por esgotada antes mesmo da conclusão do julgamento em primeira instância. Alguns países, notadamente os do sistema “common law”, dividem os julgamentos nas fases de veredito (verdict) e de aplicação da pena (sentencing). Na primeira, é deliberado acerca da culpa do implicado. Se declarada a culpa, passa-se à fase seguinte, de escolha e quantificação das penas. No caso Matijašević v. Serbia, n. 23037/04, julgado em 19.9.2006, o Tribunal reitera já longa jurisprudência no sentido de que, declarada a culpa na fase de veredito, o dispositivo não mais se aplica. Ou seja, com a declaração da culpa, cessa a presunção, independentemente do cabimento de recursos. Os Estados Unidos adotam *standards* bastante rigorosos nessa seara. A legislação processual federal – art. 18 U. S. Code §3143 – determina a imediata prisão do condenado, mesmo antes da imposição da pena (alínea “a”), salvo casos excepcionais. As exceções são ainda mais estritas na pendência de apelos (alíneas “b” e “c”). As legislações processuais dos estados não costumam ser mais brandas. Nesses ordenamentos, muito embora a presunção de não culpabilidade fique afastada, ainda há o direito a recurso, a ser analisado em tempo hábil. No entanto, o direito de análise célere da impugnação é fundado em outros preceitos, como a duração razoável do processo. O direito alemão prevê uma solução diversa. Muito embora não exista menção expressa à presunção de inocência na Lei Fundamental, o princípio faz parte do ordenamento jurídico pela interpretação do sistema e pela incorporação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No plano legal, o Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung*) afirma que as “sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado” (§449: “*Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind*”). A despeito disso, se o acusado é fortemente suspeito (“*dringen verdächtig*”) do cometimento de um crime grave, a regra é que responda preso. Nesses casos, a lei dispensa ulterior demonstração da necessidade da prisão – §§ 112 e 112a do *Strafprozeßordnung*. Tendo em vista a dificuldade de compatibilização da prisão automática com a presunção de inocência, a jurisprudência tempera a aplicação desses dispositivos, exigindo, nas prisões antes do julgamento, a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva (*Bundesverfassungsgericht*, 19, 342). Já o nosso texto constitucional segue a tradição das Constituições da Itália – artigo 27: “*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*” – Portugal – artigo 32, 2: “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*” – e dos países de língua portuguesa em geral –



Angola, artigo 67, 2; Moçambique, artigo 59, 2; Cabo Verde, artigo 34, 1; São Tomé e Príncipe, artigo 40, 2; Guiné-Bissau, artigo 42, 2 e Timor Leste, artigo 34, 1. Nota-se que, na tradição italiana e nas constituições de língua portuguesa a presunção vige até o trânsito em julgado. Não se nega a importância da análise das Constituições de mesma tradição. [...] De qualquer forma, a interpretação da presunção de não culpabilidade não pode perder de vista nosso próprio ordenamento. [...] Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado. O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio.

ROSA WEBER (posição minoritária) – Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Colho, em voto de Sua Excelência, (no caso o Ministro Sepúlveda Pertence), no julgamento do HC nº 69.964, a seguinte assertiva - (agora, palavras do Ministro Sepúlveda Pertence): "(...) quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. (...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data venia, *que hurlent de se trouver ensemble.* (...)"

MARCO AURÉLIO (posição minoritária) – [...] no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. [...] Peço vênias para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva.

CELSO DE MELLO (posição minoritária) – [...] a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder. Na realidade, a presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino em sua "Suma Teológica", constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776). Esse, pois, na lição de doutrinadores – ressalvada a opinião de quem situa a gênese dessa prerrogativa fundamental, ainda que em bases incipientes, no Direito Romano –, o momento inaugural do reconhecimento de que ninguém se presume culpado nem pode sofrer sanções ou restrições em sua esfera jurídica senão após condenação transitada em julgado. A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime. [...] a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?!?) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, proclamou em seu art. 11, que todos presumem-se inocentes até que sobrevenha definitiva condenação judicial. Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos



do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966. [...] uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse. Vale referir, no ponto, a esse respeito, a autorizada advertência do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT): [...] “Do princípio da presunção de inocência (‘todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade’) emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória. **‘Regra de tratamento’**: o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII). O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida ‘consideração’ bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como ‘regra de tratamento’, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119)”. Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. [...] ‘A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem’. [...] A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos. [...] A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal. Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência. [...] não compete ao réu demonstrar a sua própria inocência. Ao contrário, cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, em plenitude, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos da própria imputação penal pertinentes à autoria e à materialidade do delito (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). É por tal motivo que a presunção de inocência, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador. O fato indiscutivelmente relevante, no domínio processual penal, é que, no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, não se justifica a formulação, seja por antecipação ou seja por presunção, de qualquer juízo condenatório, que deve, sempre, respeitada, previamente, a garantia do devido processo, assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações



equivocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas em torno da culpabilidade do acusado. Meras conjecturas – que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal – não se revestem, em sede processual penal, de idoneidade jurídica. Não se pode – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto condenatório e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole penal ou extrapenal compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade. [...] os princípios democráticos que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 repelem qualquer comportamento estatal transgressor do dogma segundo o qual não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita (RT 690/390 – RT 698/452-454). A jurisprudência desta Suprema Corte enfatiza, bem por isso, com particular veemência, que “Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído” (RTJ 139/885, Rel. Min. CELSO DE MELLO). [...] o postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente. Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. Enfatizo, por necessário, que o “status poenalis” não pode sofrer – antes de sobrevir o trânsito em julgado de condenação judicial – restrições lesivas à esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular. Essa opção do legislador constituinte (pelo reconhecimento do estado de inocência) claramente fortaleceu o primado de um direito básico, comum a todas as pessoas, de que ninguém – absolutamente ninguém – pode ser presumido culpado em suas relações com o Estado, exceto se já existente sentença transitada em julgado. [...] Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal tem repellido, por incompatíveis com esse direito fundamental, restrições de ordem jurídica somente justificáveis em face da irrecorribilidade de decisões judiciais. Isso significa, portanto, que inquéritos policiais em andamento, processos penais ainda em curso ou, até mesmo, condenações criminais sujeitas a recursos (inclusive aos recursos excepcionais interpostos para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal) não podem ser considerados, enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento absolutório, como fatores de descaracterização desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República.

RICARDO LEWANDOWSKI (posição minoritária) – [...] não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar. [...] o Ministro Eros Grau, com muita propriedade ao meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência. Na época, nesse meu longo voto que proferi, naquela oportunidade, naquela assentada, eu trouxe a lição de três eminentes professores, titulares da Universidade de São Paulo, de Processo Penal: a professora Ada Pellegrini Grinover, o professor Antônio Magalhães Filho e o professor Antônio Scarance Fernandes, que diziam o seguinte em um pequeno trecho: Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar). O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque o texto doutrinário deles ainda sobrevive - dos recursos extraordinários com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior.



Não obstante o posicionamento do STF, na época, cumpre reconhecer que a maior parte da doutrina brasileira compreende pela inconstitucionalidade da execução da pena após decisão consolidada em segundo grau. A maioria dos autores compreende que a presunção de inocência impede isso. Na doutrina complementar trazemos algumas posições nesse sentido.

A decisão proferida pelo STF no HC 126.292 foi confirmada pelo Plenário do STF ao indeferir medida cautelar em duas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC's 43 e 44), permitindo-se a execução 'provisória' da pena após decisão condenatória de segundo grau.

Assim, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir efeito imediato do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo (Lima, 2017).

Esse entendimento também foi confirmado pelo Plenário Virtual do STF na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, com **repercussão geral** reconhecida:

Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que **a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência** afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.⁷

Mas não parou por aí...!



Mais recentemente, em **07/11/2019**, ao julgar três ADCs (43, 44 e 54), por apertada maioria (6x5), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

Objeto dessas ações foi o art. 283 do CPP:

⁷ ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, REPERCUSSÃO GERAL - PUBLIC 25-11-2016

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Para a corrente agora vencedora, o referido dispositivo é constitucional, está de acordo com o princípio constitucional da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Pela mais atual decisão do STF, portanto, não é mais possível a execução provisória da pena (nem mesmo com o esgotamento da 2ª instância); é necessário o trânsito em julgado da condenação (esgotamento de todos os recursos) para que o réu possa começar a cumprir a pena (daí em caráter definitivo).

Veja: isso não impede a possibilidade de decretação da prisão cautelar (preventiva ou temporária); mas daí estamos tratando de prisão provisória, processual e não de prisão penal, prisão sanção ou prisão definitiva.

Olhando para o art. 283 do CPP, por conseguinte, podemos concluir que, com exceção do flagrante, a prisão por ordem do juiz só tem duas formas:

- ✓ prisão cautelar (temporária ou preventiva), esta que em não foi afetada pela decisão do STF;
- ✓ prisão para cumprimento ou execução de pena, esta que, agora, só pode ser implementada depois de se esgotarem todos os possíveis recursos.

A natureza dessas espécies, evidentemente, é bem distinta e analisamos melhor quando tratamos das prisões e medidas cautelares.

4.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório tem como fundamento a própria Constituição Federal, que, em seu art. 5º, inciso LV, dispõe:

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório** e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

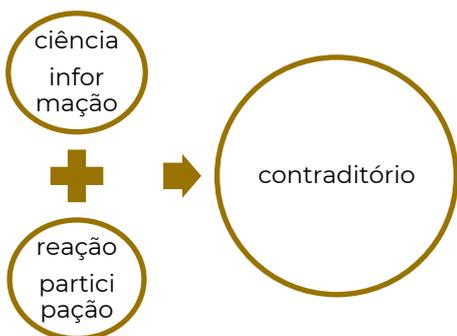
É contemplado, também, pela já citada *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (art. 8º, item 1), dispositivo que, a propósito, é rico na afirmação de diversas garantias processuais:



Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, **na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela**, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

De inegável imprescindibilidade a qualquer Estado que queira se intitular 'democrático de direito', esse postulado integra, juntamente com a presunção de inocência e a ampla defesa (com a qual se confunde, por vezes, na prática), verdadeira cúpula das garantias processuais penais mais importantes aos jurisdicionados, servindo como anteparo aos cidadãos frente à atividade persecutória penal estatal.

Com muita propriedade, JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, sempre referenciado quando da análise desse princípio, resume o conceito de contraditório como: **"a ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los"** (Almeida, 1973).



Percebe-se, então, que o referido princípio é integrado por dois elementos básicos: a ciência (ou informação) e a reação (ou participação) nos atos processuais. Dito de outro modo, o contraditório se manifesta e se aperfeiçoa pela efetivação do *binômio informação-participação*.

Nesse sentido, AURY LOPES JR. bem pontua:

a efetividade do contraditório no Estado Democrático de Direito está amparada no direito de informação e participação dos indivíduos na Administração de Justiça. Para participar, é imprescindível ter a informação. A participação no processo se realiza por meio de reação, vista como resistência à pretensão jurídica (acusatória e não punitiva) articulada, e isso expressa a dificuldade prática, em certos casos, de distinguir entre a reação e o direito de defesa (Júnior, 2017).

A conclusão a que chega o mencionado autor é de toda lógica e oportuna; ora, de nada adiantaria se ter (em um processo penal) amplo conhecimento da marcha processual e seus eventos sem que se viabilizassem meios e oportunidades de manifestação para contrariar as pretensões desfavoráveis. Pela via oposta, não haveria sentido em facultar-se a manifestação no processo sem prévia e integral ciência do que se passa dentro dele. Por certo que os elementos se mostram indissociáveis.

EUGÊNIO PACELLI adverte, por outro lado, que, para além de apenas se consubstanciar (o contraditório) nos dois elementos ora aludidos, caminha a doutrina moderna no sentido de inserir, no bojo desse postulado, o princípio da '**paridade de armas**' (*par conditio*), como consagração de uma efetiva igualdade processual, garantindo-se a oportunidade de reações com mesma intensidade e extensão frente aos atos processuais.

Dessa forma, não se estaria mais falando em 'contraditório pelo simples contraditório', mas um contraditório efetivo, com a oportunização de todos os meios e instrumentos a ele inerentes, que lhe permitam efetivação em grau suficiente para resistir aos atos desfavoráveis.

Perceba-se que, embora vários princípios processuais constituam claras garantias aos suspeitos, indiciados ou réus (presumidamente hipossuficientes quando analisados sob a ótica do processo penal), o contraditório apresenta um atributo especial, uma 'dupla face', como bem aponta NORBERTO AVENA, na medida em que abrange tanto o polo acusatório quanto o polo defensivo, não fazendo distinção, em determinados casos, entre os sujeitos processuais (como no caso do art. 479 do CPP, ao tratar sobre vedações às partes na sessão de julgamento do Tribunal do Júri). Note-se, por oportuno, que essa maior abrangência é, inclusive, um ponto de notável diferenciação entre o contraditório e o princípio da ampla defesa.

Deve-se sempre prestigiar a figura do contraditório direto ou imediato, ou seja, aquele em que há participação ativa e dinâmica das partes em relação aos atos processuais no momento em que são praticados, porquanto isso permite a sua manifestação no grau mais efetivo; entretanto, como pondera FERNANDO CAPEZ, nos casos de perigo de perecimento do objeto em virtude do decurso do tempo, são admitidas as práticas de atos em caráter *inaudita altera parte*, situações nas quais o contraditório não deixará de existir, apenas será postergado; é o denominado '**contraditório diferido**' que tem lugar, essencialmente, diante da urgência e risco de ineficácia das medidas⁸.

4.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa tem assento constitucional, estando listado entre os direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, com a seguinte redação:

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a **ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes**;

⁸ Voltaremos a falar sobre isso no momento adequado, principalmente no que diz respeito a medidas cautelares, em especial a prisão preventiva.



O Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, traz um rol de *garantias judiciais* prevendo, dentre outros 'direitos', que toda pessoa *tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável* [...]; *durante todo o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:* [...] *d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor,* [...] *e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;* *f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;* *g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;* [...].

Aqui, tratando-se de processo penal, dizer que ao acusado deve ser assegurada a *ampla defesa* significa reconhecer que a ele serão disponibilizados todos os meios e recursos cabíveis para que, de fato, se defenda das acusações que lhe estão sendo imputadas.

A concepção moderna da ampla defesa, reclama, indubitavelmente, para sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, a saber:

- I. O direito de informação (*nemo inauditus dammanari potest*);
- II. A bilateralidade da audiência (contrariedade) e;
- III. O direito a prova legitimamente obtida ou produzida (comprovação da inculpabilidade) (Tucci, 2004).

Ao réu será garantido o direito de produzir provas, questionar os fatos trazidos pela acusação, contestar as alegações contrárias a si; enfim, utilizar do processo para demonstrar a sua versão ("verdade") dos fatos.



Por força da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação, delineando o viés material do princípio da igualdade. Por consequência, ao acusado são outorgados diversos privilégios em detrimento da acusação, como a existência de recursos privativos da defesa, a proibição da *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a previsão de revisão criminal exclusivamente *pro reo*, etc., privilégios estes que são reunidos no princípio *favor rei* (Lima, 2017).

O réu é considerado, no processo, a parte hipossuficiente, frágil perante o Estado acusador, visto que este é aparelhado através de diversos órgãos especializados que lhe servem, onde pode obter eventuais dados que necessite, dentre outras facilidades decorrentes do próprio "poder estatal".

O estudo da ampla defesa por vezes é feito em conjunto com o princípio do contraditório. Muitos autores explicitam sobre os dois princípios em tópico único, ante a forte ligação entre ambos. É importante que se diga, entretanto, que eles não se confundem.

[...] contraditório e direito de defesa são distintos, pelo menos no plano teórico. PELLEGRINI GRINOVER explica que “defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório (Júnior, 2017).

O procedimento sumaríssimo, da Lei 9.099/1995, prevê, de igual forma, a necessidade de ao acusado ser assegurado o direito de defesa. O sistema das infrações de menor potencial ofensivo consagra o direito de o acusado ser ouvido antes mesmo da formação do processo (antes do recebimento da denúncia), em audiência preliminar, trazendo a defesa técnica como um dos pressupostos de validade do processo.

A presença de advogado é imprescindível no processo criminal, mesmo no âmbito dos **Juizados Especiais Criminais**. Da análise da Lei 9.099/95 é fácil perceber que a presença de defensor é obrigatória em todos os momentos, seja na audiência preliminar (art. 72), na análise da proposta da transação penal (art. 76, §3º), no curso do procedimento comum sumaríssimo (art. 81), seja no momento da proposta da suspensão condicional do processo (art. 89, §1º). Nesse ponto, especial atenção deve ser dispensada ao art. 10 da lei nº 10.259/01, que dispõe sobre os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. De acordo com o referido dispositivo, as partes poderão designar, por escrito, representante para a causa, advogado *ou não*. No que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Contudo, quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público. Este o motivo pelo qual o Supremo, no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, fez interpretação conforme para excluir do âmbito de incidência do artigo 10 da Lei nº 10.259/01 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal (Lima, 2017).

A própria reforma do CPP, de 2008 (Lei 11.719), ao estabelecer nos procedimentos o interrogatório como último ato de instrução (*vide* art. 400, CPP), buscou viabilizar a manifestação



do acusado somente depois de poder ele tomar conhecimento de toda a prova produzida, consubstanciando uma autodefesa plena.

O direito/garantia de se defender tem duas nuances: aquela que corresponde ao direito de ter uma defesa técnica através de profissional competente, devidamente habilitado e à possibilidade de defender-se pessoalmente (autodefesa).



4.3.1 Defesa técnica

O termo 'técnica' já indica que se trata de atribuição exercida por alguém que seja perito, que tenha especialidade (expertise) na ciência jurídica (nesse caso, de "defender"). No nosso ordenamento essa defesa deve ser exercida por bacharel em Direito, com a competente habilitação na OAB, ou por defensor público.

Essa necessidade decorre da própria especificidade do Ministério Público, órgão acusador, que possui profissionais exclusivamente preparados e equipados para "acusar".

É evidente que um acusado – que não tenha formação jurídica e nem detenha conhecimentos específicos, sozinho, não conseguirá 'lutar' em igualdade com o promotor de justiça. Por isso, um dos pressupostos da ampla defesa é o acompanhamento do réu por pessoa formalmente habilitada e conhecedora do ordenamento jurídico. É claro, caso o réu tenha **capacidade postulatória**, pode exercer a defesa técnica pessoalmente.

A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos técnicos do Direito, um profissional, que será tratado como *advogado de defesa*, *defensor* ou simplesmente *advogado*. Explica FENECH que a defesa técnica é levada a cabo por pessoas peritas em Direito, que têm por profissão o exercício dessa função técnico-jurídica de defesa das partes que atuam no processo penal, para pôr de relevo seus direitos.

A justificação da defesa técnica decorre de uma *esigenza di equilibrio funzionale* entre defesa e acusação e também de uma acertada *presunção de hipossuficiência* do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz. Pode existir uma dificuldade de compreender o resultado da atividade desenvolvida na investigação preliminar, gerando uma absoluta intranquilidade e descontrole. Ademais, havendo

uma prisão cautelar, existirá uma impossibilidade física de atuar de forma efetiva (Júnior, 2017).

Não se admite que alguém seja processado sem a presença de defensor, seja ele constituído pelo próprio acusado, nomeado pelo juiz - em caso de necessidade, ou defensor público.

Art. 261, CPP. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.



Dizendo de outra forma: a defesa técnica é indeclinável, é irrenunciável, é indisponível! Mesmo que o acusado esteja foragido ou ausente, mesmo que não queira, mesmo que ele se mostre contrário a isso, necessariamente, em qualquer processo penal, deverá ter um advogado que o represente.

Tanto que o art. 263 do CPP exige que o juiz nomeie um defensor para o réu se ele não constituir advogado para patrocinar seus direitos perante o processo penal.

Art. 263, CPP. **Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz,** ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Aos acusados é garantido o direito de ser representado por defensor habilitado e, mais que isso, a prerrogativa de escolher advogado de sua confiança, restando ao juiz a opção de nomeação apenas quando o réu não constituir defensor (em caso de omissão, portanto). Ainda assim, mesmo nos casos em que ao réu inicialmente foi nomeado defensor, resguarda-se o direito de o réu constituir outro a qualquer tempo que, claro, assume o processo no estado em que se encontra.

Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, **ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança,** ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Por decorrência dessa prerrogativa de escolha, em qualquer fase do processo, ante a renúncia de eventual defensor que esteja patrocinando a defesa do réu, deve o juiz intimar o acusado para, querendo, constituir novo advogado. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que constitui *nulidade* a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.

Súmula 707/STF. Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.

Do direito assegurado aos acusados deriva, por consequência, o dever de o juiz “fiscalizar” a atuação do defensor, de modo que este, efetivamente, esteja cumprindo com o seu mister. Não



basta que conste dos autos o nome de algum advogado como representante do réu. O profissional deve exercer a sua função de modo a garantir a produção de provas suficientes para demonstrar os fatos, de acordo com a linha de defesa do acusado; deve cumprir as determinações do juízo de forma satisfatória e pertinente; deve comparecer e gerir as suas provas em audiência; deve apresentar as petições correspondentes dentro dos respectivos prazos; deve interpor recurso, em sendo o caso; enfim, deve exercer uma efetiva e ampla defesa.

Nesses termos, olha o que a Lei nº 10.792/2003 acrescentou no parágrafo único do artigo 261 do CPP:

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de **manifestação fundamentada**.

Não que os defensores constituídos não devam apresentar suas manifestações de forma fundamentada; é que há uma presunção legal de que isso ocorra, na medida em que eles são de confiança e escolhidos pelo maior interessado – o réu. Aos defensores públicos e aos advogados nomeados, para que não fique dúvida sobre eventual diferenciação na forma de atuação, exige a lei que hajam e se manifestem com fundamento.

A falta da nomeação do defensor é causa de *nulidade absoluta*, prevista na alínea 'c' do inciso III do artigo 564 do CPP, por afronta direta ao princípio da ampla defesa. É decorrente desse mesmo princípio, ainda, a regra que o CPP e a *Lei de Drogas* estabelecem no sentido de que o juiz deve nomear defensor para apresentar defesa prévia quando o acusado não a apresentar no prazo legal (art. 396, § 2º, CPP e art. 55, § 3º, da Lei nº 11.343/2006).

Vejamos o que o STF estabeleceu através de duas súmulas:

Súmula 523. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Súmula 708. É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.

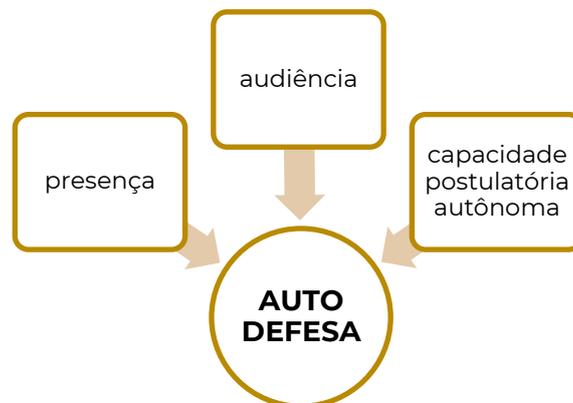
Diga-se, inclusive, que a responsabilidade do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita a quem necessitar (art. 5º, LXXIV, CF) decorre da garantia à ampla defesa, no viés técnico.

4.3.2. Defesa pessoal / autodefesa / defesa material ou genérica

Enquanto a defesa técnica é imprescindível, indisponível, irrenunciável, a autodefesa é disponível e renunciável, porquanto trata-se de faculdade do acusado, a exercer ou não.



É o mecanismo que garante ao réu o direito de ser ouvido, caso queira falar, e de comparecer aos atos do processo e de, em alguns casos, poder ele mesmo exercer funções 'técnicas'. Por isso, ao se tratar da defesa pessoal, fala-se que esta pode ser subdividida em *direito de audiência*, *direito de presença* e, conceituação encontrada em obra de único autor, *capacidade postulatória autônoma do acusado*.



A garantia de o réu ser ouvido no processo (*direito de audiência*) se manifesta no interrogatório, momento onde pode dar sua versão dos fatos, assegurado a ele, evidentemente, o direito ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII, CF), caso prefira ficar calado. Lembrando, ainda, que esse silêncio não pode ser interpretado em seu desfavor.

A chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial seu momento de maior relevância. Classificamos a autodefesa a partir de seu caráter exterior, como uma atividade positiva ou negativa. O interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva – comissão -, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou materialidade do fato que se lhe imputa.

Ao lado desse *atuar* que supõe o interrogatório, também é possível uma completa omissão, um atuar negativo, através do qual o imputado se nega a declarar, como também pode se negar a dar a mínima contribuição para a atividade probatória realizada pelos órgãos estatais de investigação, como ocorre nas intervenções corporais, reconstituição do fato, fornecer material escrito para a realização do exame grafotécnico etc (Júnior, 2017).

Através do *direito de presença*, por sua vez, assegura-se ao acusado a oportunidade de acompanhar os atos de instrução, a colheita das provas; momento no qual pode verificar eventuais incongruências que só ele poderia detectar e relatá-las imediatamente a seu defensor técnico, que pode explorá-las ainda no próprio ato.

Apesar disso, por não se tratar de direito absoluto, quando a presença do acusado puder constranger as testemunhas e/ou as vítimas, pode ser determinada a realização do ato por videoconferência ou ser promovida a retirada do réu da sala de audiência, conforme dita o CPP:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na



impossibilidade dessa forma, determinará a **retirada do réu**, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Por ser 'faculdade' conferida ao acusado, seu comparecimento pode ser dispensado caso manifeste vontade nesse sentido. Entretanto, em contrapartida, a presença de seu advogado é sempre obrigatória.

Ao final, como último desdobramento da autodefesa, em conceituação doutrinária do autor RENATO BRASILEIRO DE LIMA, temos a chamada *capacidade postulatória autônoma do acusado*, consubstanciada no direito que lhe é garantido de, pessoalmente, interpor recursos (art. 577, *caput*, CPP), impetrar hábeas corpus (art. 654, *caput*, CPP), ajuizar revisão criminal (art. 623, CPP), bem como formular pedidos relativos à execução da pena (art. 195, *caput*, LEP) (Lima, 2017).



Em concurso público, como questão discursiva, olha como o tema já foi cobrado:

(Vunesp – Defensor Público – MS/ 2008). Explique quais são as manifestações processuais do direito de autodefesa do réu e ainda se esse direito é renunciável.

4.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade conta com robusta fundamentação constitucional e legal, sem prejuízo dos tratados e convenções internacionais que igualmente lhe prestigiam mundo afora. Veja-se o que a Constituição Federal dispõe, em seu art. 5º, LX:

LX – a lei só poderá restringir a **publicidade** dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

A Lei Maior vai além: em seu Capítulo III, ao tratar sobre as disposições gerais acerca do Poder Judiciário, torna a positivizar o referido postulado, agora no art. 93, IX:

IX – **todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos**, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, **podendo a lei limitar a presença, em determinados atos**, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a **preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação**;

Por sua vez, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 1969, no art. 8º, item 5, assenta:

5. O processo penal deve ser **público**, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.



Ainda, o referido princípio está presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), artigo 11, item 1, dispositivo já mencionado quando da explanação sobre a presunção de inocência, mas cuja transcrição é sempre oportuna e salutar:

Artigo 11. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em **juízo público** no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Não bastasse isso, a regra da publicidade conta, também, com expressa previsão legal no Código de Processo Penal, conforme se percebe do art. 792:

Art. 792. **As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos** e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

É facilmente perceptível, portanto, a crescente preocupação mundial – sobretudo no Direito brasileiro – em se estabelecer um formato de processo público e transparente como regra geral, limitando-se ao máximo as situações de sigilo, as quais somente se impõem quando estritamente necessárias à garantia da intimidade e do interesse social, que são analisadas casuisticamente.

Nas palavras de JOSÉ CARLOS GONÇALVES XAVIER DE AQUINO e JOSÉ RENATO NALINI: “Tal regra propicia o controle popular sobre a atuação da justiça. O povo é o juiz dos juízes. Pode fiscalizar o trabalho do Judiciário e verificar a compatibilidade entre o desempenho judicial e a lei” (Nalini, et al., 2009).

EDILSON MOUGENOT BONFIN bem trata do tema e vai além, sugerindo uma primeira divisão da publicidade em imediate e mediata, levando-se em consideração o sujeito de que parte a possibilidade de controle sobre os atos do processo. A publicidade imediata, dessa forma, está relacionada às partes do processo, ao passo que a mediata diz respeito à transparência para a própria sociedade, por meio da divulgação dos atos pelos meios de comunicação (e também pelo caráter aberto dos atos processuais, como as audiências, por exemplo).

O autor, todavia (e com razão), adverte sobre os casos de exceção ou mitigação desse princípio, citados há pouco (preservação da intimidade e interesse social). Nessas hipóteses, por mais que se tolerem graus de sigilo na prática de determinados atos processuais, nunca existirá uma vedação total; sempre, no mínimo, haverá a participação do juiz, das partes e seus procuradores em todas as fases do processo (ao que confere a nomenclatura de *publicidade restrita* ou *interna* e, portanto, oposta à dita *publicidade plena* ou *externa*, referente à regra geral de livre acesso aos atos pela população).



Por tudo isso, é de lógica constatação que o princípio da publicidade se manifesta em duas dimensões: em relação à sociedade e em relação às partes. No que diz respeito à primeira, analisada sobre o ponto de vista 'macro', constitui verdadeira salvaguarda a todos os cidadãos ao possibilitar a análise e controle dos atos processuais praticados, evitando-se procedimentos sigilosos típicos dos Estados totalitários e as suas temerárias consequências. Em relação à segunda dimensão, essa em escala menor, compõe importante instrumento garantidor da participação das partes no processo, apresentando-se como catalisador do próprio princípio do contraditório, ao exigir, como pressuposto de validade dos atos, a presença do acusado (com possibilidade de mitigação) e, principalmente, de seu procurador (cuja presença é inafastável) nos atos processuais.



Para se conceber contornos mais palpáveis sobre a abrangência do referido postulado, bem como de suas possíveis restrições, tome-se por exemplo uma audiência de instrução. Conforme se verá oportunamente, a audiência de instrução criminal é, grosso modo, ato processual que representa o momento de produção de toda a prova oral, em vívido contraditório, tomando-se as declarações de vítimas e informantes, inquirindo-se testemunhas, interrogando-se o acusado, procedendo-se a eventuais acareamentos e reconhecimentos pessoais, debates orais, prolação de sentença, dentre outros atos que podem vir a ocorrer no seu bojo.

A princípio, a audiência é aberta a todos que dela desejem participar (leia-se: acompanhar, presenciar), salvo nas hipóteses que constituam risco à garantia da privacidade dos envolvidos – como uma audiência referente a crime contra a dignidade sexual, por exemplo –, ou que representem efetivo risco ao interesse social – como a probabilidade de escândalo (uma das causas presentes no § 1º do art. 792 do CPP), cujo exemplo pode ser verificado na presença de inconformados e exaltados familiares da vítima na instrução do crime de homicídio do réu algoz.

Nesses casos, a própria Constituição Federal prevê hipótese de mitigação do princípio da publicidade, ensejando a sua verificação apenas na modalidade restrita ou interna; ou seja, na presença do juiz, das partes e do defensor. Perceba-se, por outro lado, que, como já dito antes, até mesmo a possibilidade de presença do acusado na audiência de instrução pode ser afastada em determinados casos. Veja o que dispõe o artigo 217 do CPP:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na

impossibilidade dessa forma, determinará a **retirada do réu**, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Destarte, a depender do caso concreto, o acusado pode vir a ter de se ausentar do recinto quando da inquirição de testemunhas cuja situação se enquadre nas circunstâncias dispostas no citado artigo; é imprescindível, no entanto, que tal fato seja feito constar do termo de audiência (com a explanação dos motivos – exegese do parágrafo único do mesmo artigo), bem como é inarredável a presença constante do defensor, independentemente do que aconteça, a fim de que se garanta, ainda que minimamente, o cumprimento desse postulado.

4.5 PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL

A busca da verdade real, material ou substancial, enquanto princípio, não encontra substrato normativo expresso e específico; é, muito mais, fruto do sistema, de regras e princípios outros que informam o processo penal.

Quando se fala desse princípio, a questão que se coloca diz respeito à posição e à atuação do Estado no que se refere à reconstrução dos fatos e produção das provas. Tem a ver com a maneira de adquirir o material probatório para o processo.

Na essência, duas alternativas opostas é que se apresentam para a persecução penal: na primeira delas, as partes dispõem livremente do processo (assim como poderiam dispor do direito material) como coisa ou negócio seu; na segunda, o Estado se encarregaria de investigar, de instruir, de reconstituir fatos e produzir provas, independentemente da atuação das partes. Por essa visão estrita, dois princípios se contrapõem: o princípio da *verdade formal* e o princípio da *verdade material*.



Como ensina JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, para a *verdade formal* incumbe às partes a produção do material de fato que deverá servir de base para a decisão. Autor e réu proporcionam ao juiz, mediante suas afirmações de fato e as provas que produzem, a base fática com a qual ele deve decidir. Na lógica está a condição de recair sobre as partes todo o 'risco' da condução do processo, através dos ônus que sobre elas incidem e em relação às suas afirmações, contradições e impugnações (autorresponsabilidade probatória das partes). Os fatos daí reconstruídos valerão como se verdadeiros fossem – por mais que não o sejam – e por isso se diz que a sentença procura e declara a *verdade formal*, intraprocessual.

Para a *verdade material* é bem diferente. O esclarecimento dos fatos e a produção dos elementos probatórios não pertence exclusivamente para as partes, mas sim também ao Estado. Sobre o juiz recai o ônus de instruir e esclarecer oficiosamente o fato submetido a julgamento, independentemente das contribuições das partes. Ao contrário do que acontece com a *verdade*



formal, a atividade instrutória/'investigatória' do Estado não é limitada pelo material de fato apresentado pelos outros sujeitos processuais, mais que isso, se estende a todas as circunstâncias que devam reputar-se relevantes para julgamento do caso.



A ideia é a de que o processo penal não pode admitir ou se contentar apenas com a verdade 'processualizada', mas deve almejar que os autos sejam o melhor espelho possível em relação ao fato ocorrido no mundo da vida. Evidente que se trata de uma pretensão ambiciosa, quiçá irrealizável, porém necessária. Para falarmos de julgamento justo, todos os detalhes e circunstâncias do fato precisam estar retratados nos autos, a fim de que não se omita nenhum dado que tenha o condão de alterar a convicção do julgador (Júnior, et al., 2009).

Como leciona NUCCI, "falar em verdade real implica provocar no espírito do julgador um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade". Aliás, nesse ponto reside uma das críticas contundentes dos mais garantistas: para eles essa atuação judicial, essa não passividade, implicaria em perda da imparcialidade do julgador (o que não necessariamente acontece).

DEMERCIAN e MALULY explicam que "na Justiça Penal, ao reverso, o juiz não é mero espectador das provas produzidas pelas partes. Tem o dever de investigar a fundo a realidade do fato. Tão largo é o alcance desse princípio que até mesmo a confissão, no processo penal, tem valor relativo (art. 197) e deve ser valorada de acordo com as demais provas coligidas, enquanto, no processo civil, esse mesmo ato, quando não se cuidar de direitos indisponíveis, tem importância definitiva e absoluta (art. 351, CPC), autorizando, desde logo, o julgamento da lide".

E assim deve ser porque estão em jogo direitos fundamentais do homem, tais como a liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo a honra, que podem ser atingidos diretamente por uma decisão criminal. Daí a razão da busca da verdade material, aquela que, dentro das limitações humanas, mais se aproxima do que realmente aconteceu (Nucci, 2018).

Um breve exemplo de aplicação, numa situação em que um réu é acusado de crime mas não se defende, ou confessa a culpa: não é por isso que o Estado ficaria desonerado de investigar, de instruir o processo com provas suficientes da materialidade e da autoria. Percebemos, nessa situação, que a atuação das partes ou mesmo os meios de prova apresentados pelos interessados não necessariamente delimitam a convicção judicial.

Por isso se diz que em processo penal está em causa, não a *verdade formal*, mas a *verdade material*, que há de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a



defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo *absoluta*, ou *ontológica*, há de ser antes de tudo uma verdade *judicial, prática* e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas 'processualmente válida' (Dias, 1974).

Como verdade 'processualmente válida' compreenda-se a verdade produzida com provas obtidas pelas formas legais, correspondentes ao fato imputado e com exclusão do conhecimento privado do juiz.

Conforme ensina NUCCI, "a verdade real vai além: quer que o magistrado seja coautor na produção de provas".

Esse princípio, muitas vezes inspira o afastamento da aplicação literal de preceitos legais. Exemplo disso é o que ocorre quando a parte deseja ouvir mais testemunhas do que lhe permite a lei. Invocando a busca da verdade real, pode obter do magistrado a possibilidade de fazê-lo.

Nem se diga que o juiz introduz no feito meios de prova, enquanto as partes buscam as fontes de prova, porque tal distinção (entre meios e fontes), em nosso entender, cuida-se de mero eufemismo. Nessa esteira, BENDITO ROBERTO GARCIA POZZER explica que "no processo penal, diferentemente, dada a indisponibilidade dos direitos em confronto, deve-se buscar a verdade dos fatos o mais próximo da realidade acontecida. O julgador não pode contentar-se com a verdade apresentada pelas partes. Ao contrário, busca, incansavelmente, os verdadeiros fatos, encontrando limites, somente, na moral e legalidade das provas".

Isso tem relação com a indisponibilidade do objeto no processo penal. Em processo penal, regra geral, tratamos de direitos indisponíveis, não exclusivamente patrimoniais e bens e valores muito caros ao cidadão e ao Estado.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, fazendo referência a ARRUDA ALVIM, consolidam a distinção:

[...] a verdade formal, ao contrário da substancial, é aquela refletida no processo, e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial. Diversamente da noção de verdade substancial, aqui não há necessidade de identificação absoluta do conceito extraído com a essência do objeto. O conceito de verdade formal identifica-se muito mais com uma "ficção" da verdade. Obedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como completa, considerando o resultado obtido como verdade – mesmo que saiba



que tal produto está longe de representar a verdade sobre o caso em exame (Marinoni, et al., 2015).

Não obstante a distinção, anotam os mestres que, atualmente, a distinção entre verdade formal e material perdeu seu brilho.

A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objetos da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais –, pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas.

Criticam a ideia da *verdade formal*, dizendo que, inclusive no processo civil ela está perdendo o seu prestígio.

A ideia de verdade formal é, portanto, absolutamente inconsistente e, por essa mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente, perdendo seu prestígio no seio do processo civil. A doutrina mais moderna nenhuma referência mais faz a esse conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática.

Sinteticamente falando, o princípio da verdade real procura velar pela ‘justiça’ da decisão. De tal maneira que a sentença recaia exclusivamente sobre o autor da conduta, na exata medida da sua culpa, averiguando inclusive se, efetivamente, naquela situação ocorreu um crime. Com esse objetivo, o juiz não estaria limitado às omissões e aos artifícios das partes e nem à postura por elas tomada durante o processo.

Nessa reconstrução possível dos fatos, como adverte AMÉRICO BEDÊ JÚNIOR e GUSTAVO SENNA, “não se deve trabalhar com hipóteses mirabolantes, ou soluções não factíveis”.

A leitura que deve ser feita é no sentido de que a acusação tem todo o ônus de comprovar, através dos meios de prova, que sua versão do fato não deixa qualquer dúvida razoável de que o réu praticou o crime. Afirmar simplesmente a necessidade de provar a verdade e, ainda, aduzir que o juiz julgará com a verdade é utópico e



ideológico, pois a verdade não é alcançável pelo julgamento efetuado por nós, mortais (Júnior, et al., 2009).

Evidentemente que esse princípio, embora adotado, não tem aplicação irrestrita no processo penal brasileiro. Submete-se aos contornos de um sistema processual preponderantemente acusatório (já falamos disso) que reserva ao juiz apenas uma atividade supletiva na produção da prova, esta que é deixada, preponderantemente, para as partes. Nesse sentido, a inovação operada pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, **vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.**

4.6 PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas está previsto na Constituição Federal, art. 5º:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

O próprio CPP, a partir da reforma de 2008, passou a cuidar do tema no art. 157, nesses termos:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, **assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.**

§ 1º **São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas**, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

O Código, além de estabelecer a inadmissibilidade para provas ilícitas, estendeu a proibição também para as derivadas, lembrando, inclusive, de estabelecer uma definição legal do que são as provas ilícitas (no final do *caput* do art. 157).



Considerando a ligação umbilical, esse tema será tratado de forma mais abrangente e acurada quando do estudo, em outra oportunidade, da *teoria geral das provas*. Por ora, apenas a referência normativa, para uma melhor sistematização da matéria e compreensão das questões.

4.7 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Também decorre da Constituição Federal, art. 5º, nos seguintes termos:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

A ideia é que o autor do crime só poderá ser processado e julgado perante o órgão que o ordenamento jurídico, com primazia para a Constituição, atribui competência, de forma institucional e não pessoalizada. Tem como premissa, a condição de que a lei não pode criar órgãos jurisdicionais nem distinguir magistrados específicos para o julgamento de pessoas ou fatos determinados.

Por esse axioma, deve haver regras objetivas de atribuição de competências jurisdicionais, velando-se pela imparcialidade e independência do órgão julgador. Lembre-se que nenhum sistema acusatório, como vimos, sobrevive sem *imparcialidade*.

Não há como não falar desse princípio quando estudamos competência, de maneira que aprofundaremos o tema no momento oportuno.

Em fase discursiva, o tema já foi cobrado da seguinte forma:

(Promotor de Justiça MPE/PR – 2014) Discorra sobre o princípio do Juiz Natural no processo penal brasileiro, abrangendo: a) conceituação e sua previsão no ordenamento jurídico e b) explicita como se efetiva a distribuição de competência a partir do referido princípio.

4.8 PRINCÍPIO CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO

Esse princípio encontra-se implantado no Brasil através do seguinte brocardo: *nemo tenetur se detegere*. Embora a sua ideia central seja de fácil assimilação, existe muita divergência sobre a extensão desse axioma e seu campo de aplicação.

Sua base normativa – não explícita – encontra-se na Constituição Federal, art. 5º:

LXIII - o preso será informado de seus **direitos**, entre os quais o de **permanecer calado** [...];



Também é referido em dois tratados internacionais (já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro – Decretos 592/1992 e 678/1992), o *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* (adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966) e a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (celebrada em São José da Costa Rica, em 1969); respectivamente:

Art. 14. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá **direito**, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...]

g) **De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.**

Art. 8º. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem **direito**, em plena igualdade, às seguintes **garantias mínimas**: [...]

g) **direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;**

Além dessas bases normativas mais imediatas, jurisprudência e doutrina ainda identificam relação do *nemo tenetur se detegere* com o princípio do devido processo legal (nesse sentido o HC 68.929/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 22/10/1991 – o direito ao silêncio estaria inserido nessa cláusula constitucional), da presunção de inocência (que teria como pressuposto a condição de a carga probatória recair sobre a acusação), da ampla defesa (a não-incriminação seria uma modalidade de autodefesa passiva, por inatividade) e, até mesmo, com o direito à intimidade e a garantia da dignidade humana.

A *não autoincriminação* pode ser compreendida como o gênero do qual o direito ao silêncio é uma espécie; ou, por outra forma de pensar: o direito ao silêncio pode ser compreendido como uma das possibilidades de manifestação da *não autoincriminação*. O fato é que um e outro estão intrinsecamente relacionados.

O denominado *nemo tenetur se detegere* (ninguém pode ser constrangido a prejudicar-se) conclui-se como o “direito de não ser obrigado a se auto-incriminar”, implicando “a proibição de qualquer ato estatal que impeça, condicione ou perturbe a vontade do indivíduo de não contribuir para o processo sancionatório contra ele dirigido” (Cunha, et al., 2009).

ESCLARECENDO!



Compreende-se como uma prerrogativa de toda a pessoa (suspeito, indiciado, réu), sobre quem recai ou pode recair uma acusação, de não se entregar enquanto possível culpado; de se autodefender passivamente, sem nada fazer, e sem que se lhe possa exigir atividade alguma, pessoal e incriminatória. Por decorrência desse princípio, pouco ou nada poder ser exigido do sujeito passivo de uma persecução penal. Não se pode forçar confissão, não se pode



compelir a falar, não se pode exigir que contribua com provas incriminatórias, dentre outras situações.

A ideia é proteger o indivíduo contra atitudes violentas e arbitrárias do Estado que tenham por objetivo compeli-lo a agir em detrimento de seus próprios interesses processuais, em resguardo consistente dos direitos e garantias individuais.

O direito de não ser obrigado a se auto-incriminar consiste na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado ou acusado em processo de caráter sancionatório (em geral, criminal) para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação. É, assim, o direito de todo investigado ou acusado à *passividade*, pois este não precisa provar sua inocência.

Observada a boa definição de ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS (Cunha, et al., 2009), precisamos estar atentos ao fato de que esse direito não socorre somente ao *investigado ou acusado*. O titular desse direito não é só o réu (e pouco importa se está preso ou solto) ou alguém que seja formalmente indiciado em inquérito. Muito além, socorre a qualquer um que, objetivamente, possa se autoincriminar.

Assim é que, como adverte RENATO BRASILEIRO, não é válido tomar o depoimento de alguém, na condição formal de testemunha compromissada (art. 203, CPP) e, diante dessa obrigação legal com a verdade, forçá-la a esclarecer e dizer sobre fatos que a ela incriminem. O próprio STF já reconheceu que não constitui crime de falso testemunho a negativa do depoente, mesmo compromissado, de revelar fatos incriminatórios.

Pouco importa se isso aconteceu em inquérito policial, procedimento administrativo, processo (de qualquer área, criminal, cível, trabalhista) ou mesmo Comissão Parlamentar de Inquérito. Você já deve ter visto pessoas convocadas para prestarem declarações em CPI irem lá e usarem dessa prerrogativa, dizendo que não irão responder as perguntas dos parlamentares (?).

Lembre-se da cláusula constitucional:

LV - aos litigantes, **em processo judicial ou administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa [...].

Esse direito de não se autoincriminar é corolário da *ampla defesa*, esta que se opera inclusive em processos administrativos.

A acusação formal não é um requisito para que se possa invocar esse princípio; é direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa que deva prestar depoimento perante os três Poderes. Não só isso, a doutrina tem admitido esse direito até para as pessoas jurídicas.



A par disso tudo, lembre-se, mais uma vez, da Constituição (art. 5º), com norma replicada na *Lei de Prisão Temporária* (art. 2º, § 6º), respectivamente:

LXIII - o preso **será informado de seus direitos**, entre os quais o de permanecer calado [...];

§ 6º Efetuada a prisão, **a autoridade policial informará o preso dos direitos** previstos no art. 5º da Constituição Federal.

Ou seja: os presos têm de ser informados dos seus direitos. Não é por outra razão que vemos nos procedimentos, muitas vezes, as 'notas de ciência' das garantias constitucionais. Não é por outro motivo que o próprio STF invalidou aquilo que chamou de *interrogatório sub-reptício*: o realizado pelos policiais, clandestinamente, em conversa informal com o custodiado.

O argumento de que ninguém pode alegar o desconhecimento da lei cede em face da norma constitucional específica, sendo que a omissão pode implicar em nulidade da confissão.

Por outro lado, o STF também já compreendeu que se trata de uma garantia processual penal que tem como destinatário o Poder Público, de tal maneira que a eventual assunção de culpa por aquele que concede entrevista espontânea a órgão de imprensa é válida como prova (na 'jurisprudência pertinente', mais adiante, você verá estes e mais exemplos de aplicação prática do princípio).

Na condição de juiz, antes das audiências, procuramos verificar se existem matérias jornalísticas sobre os crimes analisados. As matérias, imagens e gravações acabam por constituir importante elemento de informação e de esclarecimento dos fatos (seja de um lado ou de outro). Não raro o suspeito de então (e réu de agora) assume a culpa. Se isso for consciente e voluntário, nada impede que faça parte do contexto probatório.



Arrematando: é um direito, uma prerrogativa da qual o titular pode voluntariamente abrir mão quando, para quem e como quiser.

O princípio contra a autoincriminação tem desdobramentos ou garantias que lhe são componentes. É como se o princípio referido viesse em um 'combo' de prerrogativas que socorrem ao acusado. Vamos a elas.



4.8.1 Direito ao silêncio

É o mais conhecido dos componentes do *nemo tenetur se detegere*, com previsão expressa no ordenamento jurídico, tanto na CF (como já citado) como também no CPP:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu **direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas**.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Na visão de DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO, trata-se de “um direito público subjetivo, exercido em face do Estado e dentro do processo. [...] pode, eventualmente, colidir com valores de interesse social e público, como, p. ex., o da verdade real; todavia sempre coincidirá com o caráter ético-político do processo, que visa a um correto exercício da função jurisdicional, de modo a pacificar com justiça” (Cunha, et al., 2009).

O silêncio deve ser encarado como uma ‘opção’ do sujeito, não significando, necessariamente, ausência de defesa. Está muito mais para uma postura passiva do acusado que, ciente da sua *presunção de inocência*, deixa a atividade probatória toda para a acusação. É uma opção que – goste-se ou não dela – foi constitucionalmente assegurada aos imputados.

Por outra maneira de pensar, o silêncio comporta o exercício regular de um direito; direito angariado paulatinamente, depois de séculos, com o abandono da punição do silêncio, situação que ocorria nos processos inquisitivos que tomavam o acusado como um objeto do qual a verdade poderia ser extraída a qualquer custo.

Decorrente do direito ao silêncio, claro, é a opção por ficar calado, a impossibilidade de ser constrangido a confessar, com aplicação direta no momento do interrogatório.

INDO MAIS
FUNDO!



Não se extrai daí, propriamente, um direito à mentira – embora alguns autores o sustentem, sob a alegação de que não existe o crime de perjúrio na legislação brasileira. Mentir é um comportamento antiético e imoral e não se pode dizer que o Estado lhe deva assegurar. Uma coisa é não haver previsão de crime para determinado comportamento; outra, bem diferente, é dizer que esse comportamento constitui um ‘direito’ assegurado. Existem vários atos humanos que não são considerados crimes, nem por isso são lícitos ou necessariamente constituirão direitos. Tome-se o exemplo de RENATO BRASILEIRO: A fuga do preso não é considerada crime, nem por isso é lícita, tanto que a Lei de Execuções Penais a considera uma *falta grave* (LEP, art. 50, II).



De um modo geral, a jurisprudência prevalece no sentido de recomendar a tolerância à mentira, não sancionando, por exemplo, falsos álibis que sejam criados pelo réu. Nesse sentido:

"NEMO TENETUR SE DETEGERE". NINGUEM PODE SER CONSTRANGIDO A CONFESSAR A PRÁTICA DE UM ILÍCITO PENAL. O DIREITO DE PERMANECER EM SILENCIO INSERE-SE NO ALCANCE CONCRETO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. E NESSE DIREITO AO SILENCIO INCLUI-SE ATÉ MESMO POR IMPLICITUDE, A PRERROGATIVA PROCESSUAL DE O ACUSADO NEGAR, AINDA QUE FALSAMENTE, PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL OU JUDICIÁRIA, A PRÁTICA DA INFRAÇÃO PENAL. (HC 68929, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 22/10/1991)

O que não se admite é a imputação falsa de crime a terceiro, o que, eventualmente, pode caracterizar o crime de denúncia caluniosa (art. 339, CP); também não se tolera a conduta de acusar-se falsamente de um crime que não cometeu (autoacusação falsa – art. 341, CP). O direito de não produzir prova contra si mesmo esgota-se na proteção do réu e não deve servir de 'salvo-conduto' para a prática de outros crimes. O próprio Código Civil define que o abuso do direito é constituidor de ato ilícito, nos termos do art. 187.

Nessa linha, após algumas divergências na jurisprudência, o STJ assim editou um enunciado:

Súmula 522/STJ: A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

O que o direito ao silêncio protege é apenas o fato, objetivamente considerado, que possa incriminar o sujeito (direta ou indiretamente). Os fatos que eventualmente possam implicar terceiros (quando estiver sendo ouvido na condição de testemunha) não estão acobertados e o réu é legalmente obrigado a trazê-los.

O silêncio atende ao mérito, diz respeito aos fatos imputados e não se estende à parte do interrogatório voltada à qualificação do acusado. Tem ele a obrigação de fornecer seus dados pessoais (nome, endereço, profissão etc.), sendo que a recusa pode configurar a contravenção prevista no antigo e questionado DL 3.688/1941:

Art. 68. Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Se o réu mentir seu nome ou qualificação pode incorrer no crime de *falsa identidade* previsto no Código Penal:



Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

Aliás, não raro isso acontece. Os acusados a si atribuem nome de irmãos ou outros parentes ou conhecidos. Por vezes na tentativa de evitar a prisão decorrente de mandado pendente de cumprimento; outras em razão dos antecedentes, buscando escondê-los para não ficarem presos.

4.8.2 Prerrogativa de não praticar comportamento ativo incriminador

Estamos entrando em ponto controvertido do processo penal. Todavia, como bem destaca RENATO BRASILEIRO, tem preponderado na doutrina e na jurisprudência a ideia de que o acusado tem o direito de não colaborar com a produção da prova sempre que, com essa finalidade, dele tiver de se exigir um *comportamento ativo* – algo que ele deva fazer.

Ao contrário, quando a produção da prova depender apenas de uma cooperação *passiva*, de uma tolerância do sujeito, não há se falar em violação do *nemo tenetur se detegere*. Assim, por exemplo, o suspeito, indiciado ou réu não está obrigado:

- fornecer padrões vocais para viabilizar exame pericial de verificação do interlocutor (HC/STF 83.096);
- fornecer ou elaborar material para exame grafotécnico (HC/STF 77.135);
- participar da reconstituição de crime (HC/STF 69.026).

Nessas situações, a negativa do réu se caracteriza como o *exercício regular de direito* (excludente de ilicitude do art. 23, III do Código Penal), de tal forma que seu comportamento contrário, unicamente, não irá caracterizar crime algum (desobediência, por exemplo).

Em situação diversa, contudo, prevalece o entendimento de que deve tolerar (*comportamento passivo*) o reconhecimento pessoal, mesmo contra a sua vontade, sob pena de execução coercitiva, medidas cautelares ou mesmo caracterização de crime.

4.8.3 Prerrogativa de não produzir prova incriminadora invasiva

Provas invasivas são aquelas intervenções corporais diretas, que implicam penetrações ou extrações físicas, como por exemplo a coleta de sangue, o exame ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia e outros. Diferente das **provas não invasivas**, que se limitam a verificar ou a submeter a exame algum material que já não integra o corpo humano, como acontece nos exames em relação a amostras encontradas armazenadas ou mesmo deixadas longe do corpo (fios de cabelo).



A forma de coleta do material é que, a grosso modo, vai definir se a prova é de uma ou de outra natureza. Claro que antes de mais nada, tudo isso passa pela advertência do sujeito quanto ao seu direito de não produzir prova contra si mesmo (já falamos sobre isso) e, principalmente, pela sua vontade. Assim é que, mesmo invasiva, se houver consentimento do agente a prova poderá ser produzida, inclusive sem autorização judicial, já que se trata de medida não sujeita à *reserva de jurisdição*. A Polícia Civil, por exemplo, não precisa que o juiz autorize determinada perícia para que ela seja realizada.

Se não houver o consentimento e colaboração, por outra via, o entendimento é de que o sujeito não é, e não pode ser, obrigado a se submeter ao exame/prova – tudo por conta do *nemo tenetur se detegere*.

Interessante notar que esse princípio é de aplicação ampla no Direito, não se restringe à área processual penal. O direito de não produzir prova contra si mesmo, com a prerrogativa de não se submeter a provas invasivas, socorre os litigantes de um processo cível também, por exemplo. A diferença é que nessas outras áreas, não raro, a lei prevê ônus em relação ao comportamento negativo da pessoa, por vezes estabelecendo presunções que lhe são até mais prejudiciais. Veja-se o art. 232 do Código Civil:

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Não se tem admitido essas presunções no Direito Processual Penal, diante, essencialmente, da sua *presunção de inocência* e do raciocínio de que o exercício de um direito por parte do acusado não lhe pode implicar em gravame algum. Lembre-se da parte final do parágrafo único do art. 186 do CPP (antes transcrito).

Nesse tema abre-se caminho para a ponderação de direitos, bens e interesses, não raro com o embate entre princípios constitucionais. É campo fértil para a incidência do *princípio da proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, de que falaremos mais adiante.

4.8.4 Etilômetro provas e penalidades nos crimes de trânsito

Olha o que estabelece o Código de Trânsito Brasileiro – CTB, Lei 9.503/1997:

Art. 277. **O condutor de veículo automotor** envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito **poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia** ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. [...]



§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. [...]

Art. 165-A. **Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia** ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses



Mas e aí, são válidas e constitucionais essas penalizações para quem se recusa a se submeter ao famoso 'bafômetro' e outros exames que tenham a mesma finalidade?

Sim, são constitucionais essas sanções, justamente porque elas têm natureza administrativa e não criminal. Conforme ensina RENATO BRASILEIRO, ao "contrário do que ocorre no âmbito criminal, em que, por força do princípio da presunção de inocência, não se admite eventual inversão do ônus da prova em virtude de recusa do acusado em se submeter a uma prova invasiva, no âmbito administrativo, o agente também não é obrigado a produzir a prova contra si mesmo, porém, como não se aplica a regra probatória que deriva da presunção de inocência, a controvérsia pode ser resolvida com base na regra do ônus da prova, sendo que a recusa do agente em se submeter ao exame pode ser interpretada em seu prejuízo, no contexto do conjunto probatório, com a conseqüente imposição das penalidades e das medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB".

E mesmo para caracterização do crime de embriaguez, estaria o condutor obrigado a soprar o 'bafômetro' ou se submeter a exame de sangue? Não estaria ele, assim o fazendo, produzindo prova contra si mesmo? Veja a disposição legal atual que caracteriza o delito:

Art. 306. Conduzir veículo automotor **com capacidade psicomotora alterada** em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.



O entendimento dominante, como explica o mesmo autor, é de que não haveria obrigação em razão do *princípio contra a autoincriminação*. Nem se poderia, diante da recusa, presumir a embriaguez.

Todavia, ao largo de alterações legislativas precárias e precipitadas que ocorrem em relação a esse delito, hoje a lei permite a constatação através de provas não invasivas e, por essa razão, válidas:

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

4.8.5 Consequências do exercício do direito e a prática de outros crimes

O entendimento corrente na doutrina e na jurisprudência é de que o exercício do direito de não produzir prova contra si mesmo não pode implicar gravame ao seu titular. Não é possível extrair consequência jurídica prejudicial contra quem dele se utiliza. Não é possível valoração favorável à acusação, presunção de culpa ou, de um modo geral, que constitua elemento de fundamentação de decisão contrária ao réu.

O exercício regular desse direito, como já apontado, também não dá margem à caracterização de crime, nem mesmo à majoração da pena do condenado. Não se admite, ainda, como fundamento para a decretação de prisão ou outras medidas cautelares de natureza pessoal. Enfim, a famosa 'ausência de interesse em colaborar com a Justiça' nada mais é, em muitas situações, do que um direito sendo juridicamente exercido.

Finalmente, não há se pensar que eventual outro crime cometido, para acobertar um primeiro delito, estaria excluído por decorrência desse direito.

4.9 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade ou da *razoabilidade* não tem previsão expressa na Constituição. Decorre do Estado de Direito, do *devido processo legal* (art. 5º, LIV da CF) em sentido substancial,



da própria estrutura dos direitos fundamentais, do caráter objetivo dos direitos humanos, da equidade, dentre outros postulados jurídicos.

Quando muito podemos identificar o seu ‘fundamento dogmático’ no art. 5ª da Constituição:

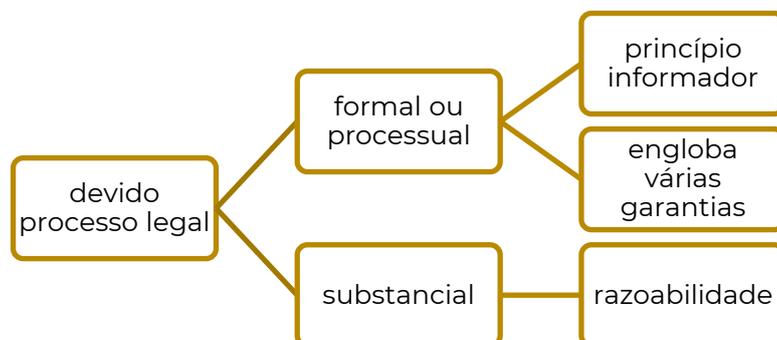
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**;

O princípio do devido processo legal, com ênfase ao seu aspecto substancial, é o ‘pano de fundo’ da proporcionalidade. Explicamos. Por essa concepção, o *devido processo legal* teria duas faces ou aspectos: uma face legal/processual e outra substancial.

No aspecto legal/processual, o *devido processo legal* seria um princípio informador, um princípio síntese, nele englobando várias garantias e princípios sem os quais não se conceberia um verdadeiro ‘processo’. Em outras palavras: seria uma espécie de ‘esqueleto’ por onde se assentam e se conformam vários outros princípios e direitos, sem os quais não se pode constituir qualquer *devido* (no sentido de justo, legítimo, conforme o Direito) processo.

O modelo constitucional do devido processo legal brasileiro é de um “processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável. Sem isso, não haverá *due process* ou um processo équo” (Badaró, 2017).

Pelo aspecto substancial, o *devido processo legal* encerraria a exigência de que as leis e a atividade do Estado (juiz e outras autoridades participantes) perante um processo fossem razoáveis, equitativas – de modo algum arbitrárias ou não-moderadas.



BADARÓ, citando **CARLOS ALBERTO DE**

SIQUEIRA CASTRO e trazendo uma assertiva que nos parece bem esclarecedora (*‘papel de termômetro axiológico acerca da justiça das regras de direito’*), escreve:

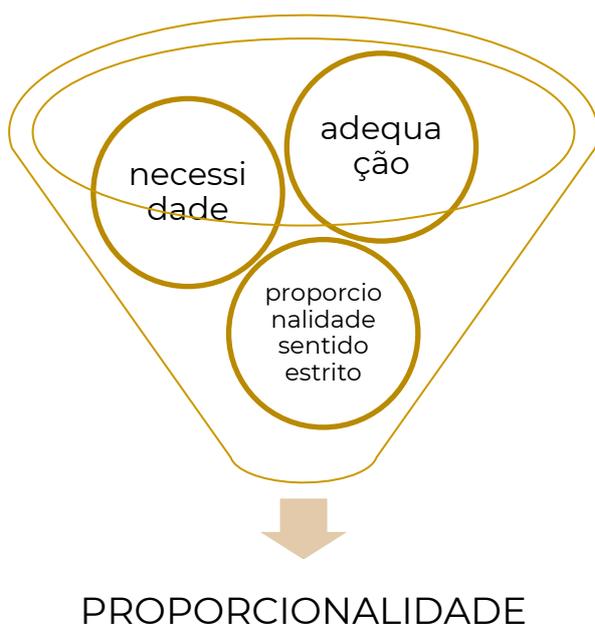
[...] o *substantive due process* é “capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações (e omissões) do Poder Público. A cláusula erigiu-se, com isso, num requisito de ‘razoabilidade’ (*reasonableness*) e de ‘racionalidade’ (*rationality*) dos atos estatais, o que importa num papel de termômetro axiológico acerca da justiça das regras de direito”. Em consequência, também entende que “uma lei (ou outro ato normativo qualquer) que não atenda à razoabilidade (*reasonableness*) é inconstitucional,

por ferir a cláusula do *due process*. E cabe ao Poder Judiciário, desde que foi concebido o *judicial review of legislation*, a tarefa de aferir a 'justiça' da lei"

RENATO BRASILEIRO traz observação importante em obra dos Ministros GILMAR MENDES e LUÍS ROBERTO BARROSO, respectivamente:

A cláusula do devido processo legal [...] deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do poder público (*procedural due process of law*), mas, sobretudo, em sua dimensão material (*substantive due process of law*), que atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, há uma relação de fungibilidade entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade, cuja origem remonta à garantia do devido processo legal, principalmente na fase em que se atribui a essa garantia feição substancial. Ao discorrer sobre o princípio da razoabilidade, o referido autor aponta os mesmos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, trabalhados pela doutrina e pela jurisprudência como requisitos do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.



Pois bem. Justamente para outorgar maior segurança na interpretação e consistência na aplicação do axioma é que a jurisprudência e a doutrina admitem a existência de três requisitos intrínsecos (também chamados de subprincípios) da proporcionalidade: **necessidade**, **adequação** e **proporcionalidade em sentido estrito**.

Necessidade – também conhecido como *exigibilidade* ou *intervenção mínima*, determina que o Poder Público só atue quando isso for mais que conveniente ou oportuno e,

assim o fazendo, dentre as várias opções que tem, adote aquela tutela que menos interfira ou seja

menos gravosa aos direitos fundamentais das pessoas. Proíbe-se o excesso e exige comparação entre as mais variadas medidas existentes e disponíveis. Busca diminuir as ingerências do Estado na liberdade individual e, ainda, diminuir a lesividade dessas intromissões.

Assim é que, por exemplo, uma interceptação telefônica (Lei 9.296/1996) só deve ser decretada quando não for possível a prova por outros meios:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: [...]

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

Adequação – também conhecido como idoneidade ou conformidade, determina que a medida adotada pelo Poder Público seja apta, apropriada para atingir os fins almejados – na exata medida, inclusive, de duração e intensidade. A tutela deve ser ajustada aos fins propostos.

Adequação *qualitativa*, na visão de alguns doutrinadores que fazem essa distinção, diz respeito à escolha da medida, que deve ser idônea, por sua natureza, para atingir o objetivo pretendido com a tutela. *Quantitativa*, se refere à duração e intensidade das medidas aplicadas. Por último, adequação *subjetiva* toma em conta a pessoa, o sujeito passivo sobre quem recai a medida.

Proporcionalidade em sentido estrito – esse requisito ou subprincípio exige um juízo de ponderação entre o gravame imposto ao sujeito passivo e o benefício trazido por essa imposição. É o que, no dia a dia, compreendemos como ‘custo-benefício’ em relação às opções que tomamos. É ver se ‘vale a pena’ a medida em relação ao eventual ônus imposto. É ‘colocar na balança’ os resultados obtidos e os danos causados, mesmo que em perspectiva.



Criemos uma metáfora da área médica para facilitar a compreensão desses requisitos. Suponha que alguém esteja doente e cogitando de enfrentar uma cirurgia; enquadraríamos os requisitos da proporcionalidade diante de algumas indagações:

Necessidade: existe a doença? Ela tem cura? Ela é fatal ou incapacitante ou, ao contrário, posso muito bem conviver com ela? É necessária a intervenção médica? Não posso deixar as coisas como estão? Eu realmente preciso fazer alguma coisa?

Adequação: qual a intervenção médica apropriada? É caso de cirurgia? Se for, a cirurgia tem aptidão de curar o mal? Não existe outro recurso médico menos agressivo e com menor risco para o paciente? Por que essa medida e não outra? Devo utilizar de um bisturi e não de uma tesoura para a cirurgia.

Proporcionalidade em sentido estrito: o corte (lesão que se fará) é condizente (vale a pena) com o mal que visa combater. As vantagens superam as desvantagens em relação ao meio escolhido? O risco da cirurgia é compatível com a doença que se procurou curar?

Muitos autores enxergam o princípio da proporcionalidade num duplo espectro ou sob dois enfoques. Um **negativo** (mais conhecido), no sentido de servir de barreira protetora contra o excesso e o arbítrio; outro **positivo** (menos conhecido), pregando a proteção eficiente do Estado em relação a bens e direitos que não sejam exclusivos do acusado.

Essa 'versão' positiva do princípio – também conhecida como princípio da proibição de infraproteção (*Untermassverbot*, dos alemães) – não é muito conhecida e divulgada na doutrina brasileira. Todavia, sua ideia é lógica e de fácil assimilação: na medida em que o Estado, através da Constituição, se compromete a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.) – inclusive proibindo a autotutela –, deve se desincumbir dessa importantíssima atribuição da melhor maneira possível, não se admitindo uma *proteção deficiente*.

MOUGENOT, em feliz passagem da sua obra, assim se manifesta:

Desse modo, assegura-se não somente uma garantia do cidadão perante os excessos do Estado na restrição dos direitos fundamentais (princípio da proibição do excesso) – a chamada “proteção vertical”, na medida em que os cidadãos têm no princípio da proporcionalidade (modalidade proibição do excesso) um anteparo constitucional contra o poder do Estado (verticalizado, portanto, de “cima para baixo” – mas também uma garantia dos cidadãos contra agressões de terceiros – “proteção horizontal” –, no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões (tutelando eficazmente o valor “segurança”, garantido constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor “justiça”, assegurado pela Constituição Federal) (Bonfim, 2013).

Assim é que o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, composto pelos seus requisitos, é um 'superprincípio' balizador de medidas do Poder Público (não só do Judiciário), inclusive e particularmente de decisões judiciais proferidas em processo penal. É o 'fiel da balança' entre a busca de uma tutela penal efetiva e os direitos e garantias individuais.

Esse princípio tem importância singular e é aplicado em todas as áreas do Direito; particularmente nos interessa no processo penal, diante do constante conflito entre os direitos e garantias individuais (de um lado) e a necessidade de uma efetiva tutela processual penal (do outro). Foi o molde teórico, inclusive, de várias disposições legais, dentre elas o art. 282 (que trata das medidas cautelares) e o art. 156 do CPP (que trata da determinação de provas pelo juiz) – falaremos disso no momento apropriado.



5. COMPARATIVO DE PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Trouxemos para você, até agora, os princípios fundamentais do processo penal. Veja bem, não são todos os princípios que se aplicam no processo penal – são só os mais relevantes, aqueles lembrados pela maior parte dos autores.

Outros princípios informadores, por vezes referentes a todo o Direito e não somente ao processo penal, serão comentados no momento oportuno, conforme o andamento das aulas e contextualização das matérias.

A 'doutrina complementar', na sequência, trará algumas referências e definições sobre esses outros princípios (para, neste momento, não pecar pela omissão), mas não precisamos nos preocupar demais com isso porque eles serão resgatados, mais para a frente, conforme a pertinência temática.

A propósito, não há um rigor técnico-científico no processo penal no que diz respeito às diferenças entre princípios, direitos e garantias. Há uma correlação direta entre os princípios do processo penal e os direitos e garantias que lhes são decorrentes ou correspondentes. Por isso que, muitas vezes, falar sobre determinado princípio é o mesmo que dizer sobre determinado direito ou garantia.

Em questão discursiva, a matéria já foi cobrada da seguinte forma:

(MPE-SP – Promotor de Justiça – 2012) Dissertação: princípios constitucionais do processo e seus reflexos na legislação processual penal.



Trazemos, na sequência, uma tabela (bastante interessante) de **direitos e garantias do processo**, elaborada por ROBERTO DELMANTO, - e os créditos vão para ele (Júnior, 2001) – fazendo a comparação da previsão normativa na Constituição e em pactos internacionais já incorporados no nosso ordenamento jurídico (como outrora explicado). Aliás, é muito comum cobrarem, nas fases objetivas dos concursos, sobre a existência de previsão normativa expressa dos direitos, garantias e princípios.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS	PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA
Direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, <i>caput</i> ; art. 3º, I e IV)	Direito à liberdade (art. 9º, 1, 1ª parte) e à igualdade (art. 2º, 1; art. 14, 1, 1ª parte; art. 26)	Direito à liberdade (art. 7º, 1) e à igualdade (art. 1º, 1; art. 8º, 2, 2ª parte; art. 24)



Proteção da integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), com respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ressalvando-se o direito à inviolabilidade da imagem e respectiva indenização (art. 5º, X)	Reconhecimento da dignidade do ser humano (art. 10, I), com repúdio a tratamento cruel, desumano ou degradante (art. 7º, <i>caput</i>), devendo o acusado preso ser tratado de forma condizente com o <i>status</i> de não-condenado (art. 10, 2, a)	“Toda pessoa tem o direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral” (art. 5º, I), inadmitindo-se torturas, bem como penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes, devendo toda pessoa privada de liberdade “ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (art. 5º, 2)
Garantia da desconsideração prévia de culpabilidade: “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII)	Garantia da presunção de inocência: “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente demonstrada sua culpa” (art. 14, 2)	Garantia da presunção de inocência: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (art. 8º, 2, 1ª parte)
Garantia do devido processo legal (art. 5º LIV), cujo conceito abrange várias garantias		
Garantia do juiz natural: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII); “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII)	Garantia do direito a julgamento por um “tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei” (art. 14, 1, 2ª parte)	Garantia do direito a julgamento por “um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido <i>anteriormente</i> por lei” (art. 8º, 1, 2ª parte)
Garantia da legalidade (art. 5º, II), vedando-se qualquer prisão ilegal (art. 5º, LXV)	Repúdio ao encarceramento arbitrário (art. 9º, 1, 1ª parte), garantindo-se a estrita legalidade: só haverá prisão pelos “motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos” (art. 9º, 1, 2ª parte)	Vedação a prisões arbitrárias (art. 7º, 3), impondo-se que a privação da liberdade só seja admitida “pelas causas e nas condições <i>previamente</i> fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com eles promulgadas” (art. 7º, 2)



Garantia da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV)	Garantia de defesa com todos os meios e tempo necessários, comunicando-se com defensor (art. 14, 3, b), com minuciosa ciência de todas as acusações (art. 14, 3, a), resguardado o direito à intérprete (art. 14, 3, f), com igualdade no tratamento das testemunhas de acusação e defesa, facultando-lhe questioná-las (art. 14, 3, e)	Garantia da ampla defesa, com direito a intérprete (art. 8º, 2, a), comunicação prévia e pormenorizada das imputações (art. 8º, 2, b), concessão do tempo e meios adequados para o preparo da defesa (art. 8º, 2, c) e faculdade de inquirir testemunhas e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas (art. 8º, 2, f)
Garantia do direito à assistência de advogado, gratuitamente se for o caso, desde o momento da prisão (art. 5º, LV, LXII, última parte, LXIII, última parte, e LXXIV; art. 133)	Garantia do direito de ter um defensor de sua escolha e de ser informado, caso não o tenha, “do direito que lhe assiste tê-lo”, nomeando-se “defensor <i>ex officio</i> gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo” (art. 14, 3, d)	Garantia do direito de ser assistido por um defensor de sua escolha e, se não o fizer, de ser ele proporcionado pelo Estado, comunicando-se <i>livremente e em particular com ele</i> (art. 8º, 2, d e e)
Garantia do direito ao amparo da família, desde o momento da prisão (art. 5º, LXII, 2ª parte, e LXIII, 2ª parte; art. 226, <i>caput</i>)	Resguardo da família, “núcleo natural e fundamental da sociedade” (art. 23)	Proteção da família, “elemento natural e fundamental da sociedade” (art. 17, I)
	“A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento <i>não deverá constituir regra geral</i> ” (art. 9º, 3, 3ª parte)	
Garantia de que, salvo a prisão em flagrante, qualquer outra dependerá de ordem fundamentada de juiz competente (art. 5º, LXI; art. 93, IX)		
Garantia de que os responsáveis por sua prisão e interrogatório policial sejam identificados (art. 5º, LXIV)		
	Garantia de ser informado das razões de sua prisão, sendo notificado, sem demora, das acusações	Garantia de que toda pessoa seja informada das razões de sua prisão, sendo notificada, sem demora,



	formuladas contra ele (art. 9º, 2)	das acusações formuladas (art. 7º, 4)
Garantia de que a prisão em flagrante será imediatamente comunicada ao juiz competente (art. 5º, LXII)	Garantia de ser o preso <i>conduzido</i> , sem demora, à presença de um magistrado (art. 9º, 3, 1ª parte)	Garantia do preso ser <i>apresentado</i> , sem demora, à presença de um juiz (art. 7º, 5, 1ª parte)
Garantia do direito de que juiz ou tribunal superior aprecie a legalidade da prisão através de <i>habeas corpus</i> (art. 5º, LXVIII)	Garantia do direito de recorrer a um tribunal para que se verifique a legalidade de sua prisão (art. 9º, 4)	Garantia do direito, sem restrições (art. 7º, 6, 2ª parte, e art. 25, 1 e 2), de recorrer a um tribunal para que decida, eficazmente (art. 25, 2, c) e sem demora, sobre a legalidade de sua prisão (art. 7º, 6, 1ª parte)
Garantia de que não será mantida a prisão de alguém quando couber liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI)	A prisão preventiva não deverá constituir regra geral, mas a soltura poderá ficar condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (art. 9º, 3, <i>in fine</i>)	A liberdade do acusado “pode ser condicionada a garantias que assegurem seu comparecimento em juízo” (art. 7º, 5, última parte)
	Garantia de ser o acusado preso julgado em prazo razoável ou ser posto em liberdade (art. 9º, 3, 2ª parte), não se admitindo dilações indevidas (art. 14, 3, c)	Garantia de ser o imputado encarcerado julgado em <i>prazo razoável</i> ou ser posto em liberdade (art. 7º, 5, 2ª e última parte)
	Os acusados jovens, presos, devem ser separados dos adultos e julgados o mais rápido possível (art. 10, 2, b)	Quando o imputado for jovem e estiver preso, deve ser separado dos adultos, sendo conduzido a um tribunal especializado o mais rápido possível, para ser tratado (art. 5º, 5)
Direito a indenização por erro judiciário ou manutença (<i>sic</i>) na prisão por tempo superior “ao fixado na sentença” (art. 5º, LXXV)	Direito a indenização não só por erro judiciário, com sentença passada em julgado (art. 14, 6), mas também para “qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal (art. 9º, 5)	Direito a indenização por erro judiciário, havendo transitado em julgado a sentença (art. 10)
	Garantia do direito de estar presente ao julgamento (art. 14, 3, d)	



	Garantia do duplo grau de jurisdição: “toda pessoa declarada culpada por delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei” (art. 14,5)	Garantia do duplo grau de jurisdição: “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (art. 8º, 2, b)
--	--	--

6. LEI PROCESSUAL PENAL NO ESPAÇO

Tratar sobre *lei processual penal no espaço* nada mais é do que expor acerca da abrangência das disposições normativas que regem o processo penal, em relação às extensões territoriais dos Estados soberanos, sobretudo o Estado brasileiro. É definir até onde normas do processo penal vão, ou até onde elas chegam.

O Código de Processo Penal disciplina essa matéria em seu art. 1º, contemplando as ressalvas ao longo de seus incisos e, por fim, exceção à exceção no parágrafo único:

Art. 1º. O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados:

I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional;

II - as prerrogativas constitucionais do Presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (Constituição, arts. 86, 89, § 2º, e 100);

III - os processos da competência da Justiça Militar;

IV - os processos da competência do tribunal especial (Constituição, art. 122, no 17);

V - os processos por crimes de imprensa.

Parágrafo único. Aplicar-se-á, entretanto, este Código aos processos referidos nos nºs. IV e V, quando as leis especiais que os regulam não dispuserem de modo diverso.

Interessante notar que o inciso I, como bem salienta FERNANDO CAPEZ, abrange, a título de exemplo, os casos de imunidade diplomática e crimes praticados por estrangeiros a bordo de embarcações públicas estrangeiras em espaço aéreo ou águas territoriais brasileiras. Os demais incisos dispensam maiores ponderações, porquanto constituem situações em que o próprio ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição e de dispositivos infraconstitucionais, prevê atos normativos processuais específicos para regulamentar os seus procedimentos.



Trata-se de tema simples, sem controvérsias relevantes; entretanto, há se prestar atenção para não confundir alguns aspectos relacionados à lei penal no espaço (direito material, portanto) – em que se reconhecem, expressamente, casos de extraterritorialidade – com as características próprias da lei processual/formal, que não dispõem de expressa previsão de extraterritorialidade.

PACELLI, em passagem franca e pragmática, sintetiza, de maneira feliz, as questões atinentes ao presente tema, bem como a diferenciação entre as leis penais e processuais nesse quesito:

Especificamente em relação às leis processuais, nenhuma dificuldade: aplica-se, por óbvio, o princípio da territorialidade. As hipóteses de extraterritorialidade constituem matéria de Direito Penal, conforme previsto no art. 7º de nosso Código Penal.

O autor ainda reforça e arremata: “Mas, do ponto de vista do processo penal, não há qualquer complexidade. Processo é instrumento (ou acesso a) da jurisdição. Assim, somente se aplica o nosso processo penal em sede da jurisdição brasileira”.

Diante disso, por constituírem, as normas processuais penais, instrumentos e meios estritamente formais e metódicos para dar encaminhamento ao exercício do poder punitivo estatal, há se convir que seria irracional a preponderância de tais normas sobre a soberania de que gozam os Estados no plano internacional. Estado algum tem direito de exigir o cumprimento de sua lei processual fora de seu território, ao menos legitimamente.

Frise-se que as exceções elencadas no art. 1º, citado há pouco, claramente não constituem hipóteses de extraterritorialidade da lei processual penal brasileira, mas apenas casos que deverão ser regidos por atos normativos específicos, que não o CPP, em razão da sua própria natureza.

É de bom tom registrar, a esse propósito, que RENATO BRASILEIRO DE LIMA, dentre outros autores, aponta algumas situações em que de fato se admitiria a aplicação de lei processual de um Estado fora dos seus limites territoriais, quais sejam: **a)** aplicação da lei em território *nullus*; **b)** existência de autorização do Estado onde o ato processual será praticado; **c)** nos territórios ocupados, em caso de guerra. Não é preciso dizer que são casos excepcionalíssimos e que não contam com expressa previsão legal, tratando-se de constatações doutrinárias.

7. LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO

O tema é bastante relevante e de larga utilização prática, ainda mais em países como o nosso em que a lei (não só a material) é alterada o tempo todo. O que se analisa aqui, é como essas leis anteriores e posteriores se ajustam para que não haja incongruência sistêmica e tumulto processual. A inicial e essencial pergunta que precisamos responder é: o que acontece, no caso, em termos de aplicação e preponderância, quando sobrevém uma nova lei processual penal?



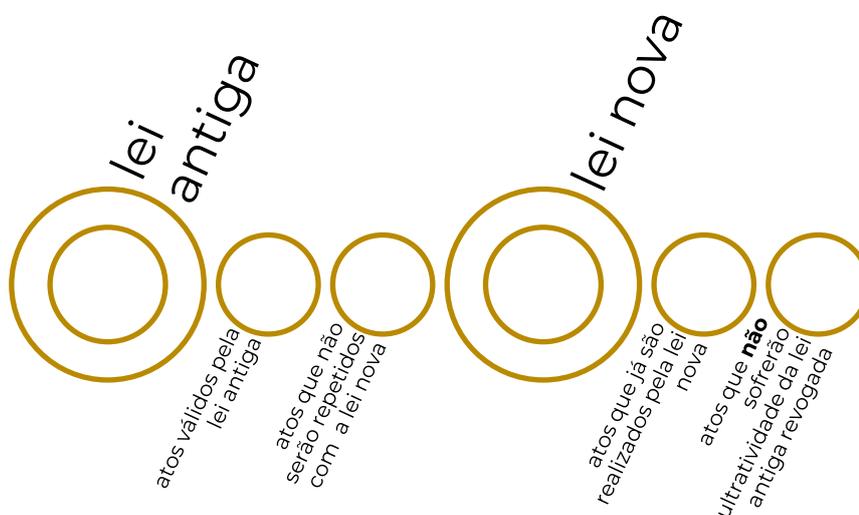
A disciplina do tema é trazida pelo artigo 2º do CPP:

Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

A locução “desde logo” significa: desde a sua entrada em vigor, não sendo necessário, portanto, que se aguarde o fim do processo.

Note a segunda parte da norma (“sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”) para constatar, então, que a lei processual nova não retroage, não vai invalidar e nem ressuscitar os atos processuais já praticados e consumados.

Diante dessa norma (consolidada há muito tempo no processo penal), verifica-se o princípio *tempus regit actum* (o tempo rege o ato), a traduzir que o ato processual será disciplinado pela lei vigente ao tempo da sua realização. Se durante o trâmite de um processo (que costuma demorar anos em boa parte dos casos) sobrevém uma nova lei processual, a partir da sua vigência (que, como as demais leis, pode ocorrer com a publicação ou depois da vacância) os atos vindouros serão por ela disciplinados integralmente. Do mesmo modo que os atos passados, já realizados na conformidade da lei anterior (mesmo que revogada expressamente), serão plenamente válidos; e para essas conclusões, pouco importa a data do fato criminoso, pouco importa se a lei nova e revogadora é mais benéfica ou prejudicial ao réu (essas ideias são coisa do direito material!).



Representação gráfica do *tempus regit actum*, dentro de um mesmo processo em andamento, composto por vários atos processuais:

NORBERTO AVENA traz um exemplo:

Considere-se que um indivíduo, condenado por decisão transitada em julgado no ano de 1995, tenha ingressado em 2007 com pedido de revisão criminal, buscando a desconstituição da sentença que o condenou a 28 anos de prisão, sob o fundamento de que as intimações do defensor que lhe fora nomeado pelo juiz (dativo) não foram

realizadas pessoalmente, em afrontamento ao art. 370, § 4.º, do CPP. Na hipótese, a ação revisional intentada não poderá prosperar, pois somente depois de realizados os atos chamatórios impugnados é que entrou em vigor a Lei 9.271/1996, acrescentando o referido § 4.º ao art. 370 do Código de Processo Penal e, com isso, obrigando a intimação pessoal do defensor nomeado. E no processo penal, como vimos, o tempo rege a prática do ato.

O processo penal tem uma disciplina bem diferente em relação ao que acontece no Direito Penal. Neste a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Logo, cuidando-se de norma penal mais gravosa, ela não retroagirá (considerando a data do crime em relação à sua vigência). Um exemplo de *novatio legis in pejus*, de direito material, que não retroage, é o *feminicídio* (incluído pela Lei 13.104/2015), que qualificou o crime de homicídio (art. 121, § 2º, inc. VI do CP), aumentando a pena. Essa lei nova só se aplica a crimes contra mulher praticados depois da sua vigência e não vai poder agravar a pena daqueles que antes praticaram delitos dessa mesma natureza.

Da mesma forma que a lei penal mais grave não pode retroagir, é certo que a lei mais benéfica é dotada de extratividade: fala-se, assim, em **ultratividade** quando a lei, mesmo depois de ser revogada, continua a regular os fatos ocorridos durante a sua vigência; por sua vez, **retroatividade** seria a possibilidade conferida à lei penal de retroagir no tempo, a fim de regular os fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor (Lima, 2017).

AVENA traz um exemplo de **ultratividade**:

Muito embora a Lei dos Crimes Hediondos, em sua redação original, determinasse o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, a jurisprudência majoritária compreendia como inconstitucional esta regra, autorizando a progressão de regime aos condenados por delitos hediondos e equiparados quando implementado o lapso previsto no art. 112 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), ou seja, um sexto da pena imposta. Contudo, editada em 28.03.2007, a Lei 11.464 atribuiu nova redação ao art. 2.º, § 2.º, da Lei 8.072/1990, permitindo a progressão de regime em relação aos crimes nela previstos, desde que adimplido o mínimo de dois quintos da pena, se o condenado for primário, ou três quintos, se reincidente, parâmetros estes superiores ao contemplado na regra geral do art. 112 da LEP. Destarte, por se tratar a nova lei de uma *lex gravior*, se comparada à Lei 7.210/1984, esta última é que, em face da ultratividade benéfica, deverá incidir na disciplina da execução da pena dos crimes cometidos antes da vigência da Lei 11.464/2007, ainda que a respectiva condenação tenha ocorrido em momento posterior a esse diploma. Logo, basta o cumprimento de um sexto da pena, não sendo necessário o adimplemento de dois quintos, ou três



quintos (conforme o caso), dessa reprimenda. Tal questão, inclusive, é objeto da Súmula Vinculante 26, aprovada pelo Plenário do STF em 16.12.2009, dispondo que “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do artigo 2.º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

Então, lembre-se: no processo penal vige o *princípio da aplicação imediata* (alguns chamam assim) decorrente do art. 2º do CPP e, como destaca RENATO BRASILEIRO, o “fundamento da aplicação imediata da lei processual é que se presume seja ela mais perfeita do que a anterior, por atentar mais aos interesses da Justiça, salvaguardar melhor o direito das partes, garantir defesa mais ampla ao acusado, etc. Portanto, ao contrário da lei penal, que leva em conta o momento da prática delituosa (*tempus delicti*), a aplicação imediata da lei processual leva em consideração o momento da prática do ato processual (*tempus regit actum*)”.

7.1 DEFINIÇÃO DA NATUREZA DAS NORMAS PROCESSUAIS

Até aqui, tudo bem, percebemos que a os princípios e as regras de regência são distintos de acordo com a natureza da norma. Se for de direito material: *tempus delicti* e retroagirá para beneficiar o réu; se for de direito processual: *tempus regit actum* e não retroagirá.

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo que nem sempre a natureza das normas é ‘genuína’ ou ‘pura’ e, por essa razão, estabelecendo uma subdivisão:

normas genuinamente processuais – que se limitam a disciplinar procedimento, atos, institutos e técnicas do processo;

normas processuais materiais (mistas ou híbridas) – quando apresentam duplicidade de conteúdo (processual e material), quando abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual penal; quando, além de disciplinarem processo e procedimento, cuidam também de institutos próprios do Direito Penal.

Normas penais são aquelas que cuidam do crime, da pena, da medida de segurança, dos efeitos da condenação e do direito de punir do Estado (v.g. causas extintivas da punibilidade). De sua vez, normas processuais penais são aquelas que versam sobre o processo desde o seu início até o final da execução ou extinção da punibilidade. Assim, se um dispositivo legal, embora inserido em lei processual, versa sobre regra penal, de direito material, a ele serão aplicáveis os princípios que regem a lei penal, de ultratividade e retroatividade da lei penal mais benigna. Não há consenso na doutrina



acerca do conceito de normas processuais materiais ou mistas. Uma primeira corrente sustenta que normas processuais materiais ou mistas são aquelas que, apesar de disciplinadas em diplomas processuais penais, dispõem sobre o conteúdo da pretensão punitiva, tais como aquelas relativas ao direito de queixa, ao de representação, à prescrição e à decadência, ao perdão, à perempção, etc. Uma segunda corrente, de caráter ampliativo, sustenta que normas processuais materiais são aquelas que estabelecem condições de procedibilidade, meios de prova, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução da pena e todas as demais normas que produzam reflexos no direito de liberdade do agente -, ou seja, todas as normas que tenham por conteúdo matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão (Lima, 2017).

Embora seja um tema bastante controverso, são várias as situações em que essa definição se fez necessária para resolver impasses processuais concretos. Por exemplo: a aplicação do art. 366, quando da sua alteração, para os processos em curso; a reforma de procedimentos, em 2008; a criação das medidas cautelares diversas (art. 319, CPP) e sua aplicação aos processos em andamento, e, mais recentemente, a Lei 13.964/2019. Essas e outras situações serão tratadas no momento oportuno, com mais propriedade, já ciente você, então, do *tempus regit actum* e sobre a necessidade de verificar a natureza da norma processual.

Para essa subdivisão é secundário e pouca relevância tem saber se a norma está no Código Penal ou no Código de Processo Penal. O objeto da sua disciplina, o conteúdo da lei tem peso maior.

7.1.1 Normas processuais heterotópicas

Para você associar e não esquecer: a locução *heterotópica* vem de 'tópico diferente'; ou seja, para conceituar normas que apesar de terem um determinado conteúdo (material ou processual) estão inseridas em diplomas, códigos de natureza diversa.

A heterotopia, em síntese, consiste na intromissão ou superposição de conteúdos materiais no âmbito de incidência de uma norma de natureza processual, ou vice-versa, produzindo efeitos em aspectos relacionados à ultratividade, retroatividade ou aplicação imediata (*tempus regit actum*) da lei (Avena, 2017).

Norma processual mista é o mesmo que norma processual heterotópica?

Não, elas não se confundem. Como aponta RENATO BRASILEIRO, "enquanto a heterotópica possui uma determinada natureza (material ou processual), em que pese estar incorporada a diploma de caráter distinto, a norma processual mista ou híbrida apresenta dupla natureza, vale dizer, material em uma determinada parte e processual em outra".

NORBERTO AVENA traz os seguintes exemplos:



- 1) O direito ao silêncio assegurado ao réu em seu interrogatório, a despeito de sua previsão no Código de Processo Penal (art. 186), possui caráter nitidamente assecuratório de direitos (material).
- 2) As normas gerais que disciplinam a competência da Justiça Federal, sem embargo de estarem incorporadas ao art. 109 da Constituição Federal, possuem natureza evidentemente processual.

8. INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL

Interpretar é delimitar a compreensão, avaliar o alcance, estabelecer o significado, o sentido da norma jurídica. “É procurar descobrir aquilo que ela tem a nos dizer com a maior precisão possível”. O que se busca com a interpretação é o conteúdo, “a inteligência e a vontade da lei (*mens legis*), não a intenção do legislador (*mens legislatoris*), embora esta última constitua um dos critérios de interpretação, porquanto, uma vez em vigor, a lei passa gozar de existência autônoma” (Lima, 2017).

Os critérios de interpretação das normas processuais são os mesmos, basicamente, dos métodos de interpretação de leis de outras naturezas.

Art. 3º A lei processual penal admitirá **interpretação extensiva** e **aplicação analógica**, bem como o **suplemento dos princípios** gerais de direito.

 LEIS PROCESSUAIS admitem analogia e interpretação extensiva	LEIS PENAIS não admitem analogia e interpretação extensiva para incriminar o réu (legalidade estrita)
--	--

Essa disposição do art. 3º do CPP busca apenas marcar o espaço, estabelecer a diferença entre as normas processuais e as normas materiais. Enquanto as primeiras admitem interpretação extensiva e são integradas por analogia, as últimas, como já se viu, se submetem ao princípio da legalidade, de maneira tal que não há legitimidade para a ampliação hermenêutica das normas incriminadoras, muito menos para o emprego da analogia em prejuízo do acusado (*in malam partem*).

8.1 INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Segundo a doutrina, **quanto ao resultado**, a interpretação pode ser declaratória, restritiva, extensiva ou progressiva.

Na declaratória o intérprete tenta estabelecer o significado ideal e próprio da norma, sem ampliar ou restringir seu significado literal. A ideia, por esse método, é apenas declarar a vontade da lei.



Na restritiva o trabalho é de redução, de diminuição do alcance da disposição normativa; normalmente necessário quando a norma disciplinou de forma aberta e abrangente demais, dizendo mais do que efetivamente deveria dizer.

Na extensiva (expressamente admitida no processo penal, art. 3º), conforme BRASILEIRO, “a lei disse menos do que deveria dizer”. O espectro de sua ideal e consentânea aplicação só é alcançado com um trabalho hermenêutico de amplitude e abrangência. O campo de incidência da norma é estendido.

Um exemplo disso é o que ocorre com o art. 581 do CPP. Ele cuida do recurso em sentido estrito e a maior parte da doutrina diz que essa norma é sujeita (por ter natureza processual) à *interpretação extensiva*. Não existe previsão de recurso (e recursos só existem quando previstos em lei) para a rejeição do aditamento da denúncia; todavia, admite-se a interposição de RESE, com base no art. 581, I do CPP:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I - que não receber a denúncia ou a queixa;

E veja que não cabe RESE em relação ao recebimento da denúncia. A lei fala em decisão que “não receber”. A especificidade do legislador, nitidamente, foi intencional. Estamos diante da chamada omissão voluntária, de modo que não haverá espaço para a interpretação extensiva nessas situações.

Progressiva é interpretação que evolui, muda e se altera em adequação às transformações jurídicas, tecnológicas, científicas, dentre outras mudanças naturais e decorrentes da vida em sociedade.

8.2 ANALOGIA

Não se trata, propriamente, de interpretação. É uma forma de autointegração das normas, consistente em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante. “Afinal, onde impera a mesma razão, deve imperar o mesmo direito” (Lima, 2017).

O juiz não pode deixar de julgar alegando lacuna, ausência de lei. Veja o que diz o Código de Processo Civil nesse sentido:

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Para casos assim é que os métodos de integração têm espaço, dentre eles a analogia.



Diferencia-se a analogia da interpretação extensiva porque naquela o caso a ser solucionado não está compreendido na hipótese de incidência da regra a ser aplicada, daí por que se fala em aplicação analógica, e não em interpretação analógica. A título de exemplo, como o Código de Processo Penal nada dispõe acerca da superveniência da lei processual alterando regras de competência, admite-se a aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil, que dispõe sobre a *perpetuatio jurisdictionis* em seu art. 43:

Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

Para definir sobre o emprego da analogia ou mesmo da interpretação extensiva, não se deve descuidar da natureza da norma, se ela é genuinamente processual ou não (mista), como já se viu. A analogia e a interpretação extensiva são proibidas (princípio da legalidade) em relação a normas de direito material para prejudicar o réu.

Analogia não é o mesmo que interpretação analógica. Nesta, a própria norma permite e prevê, expressamente, a ampliação do seu alcance. Fórmulas casuísticas e exemplificativas são usadas para (em outro momento da mesma regra) abrir-se espaço, através de assertivas genéricas, para que a norma tenha aplicação em situações ou casos semelhantes. Isso acontece em razão da infinidade de situações da vida em sociedade passíveis de normatização.

Um bom exemplo de interpretação analógica é trazido por RENATO BRASILEIRO, fazendo referência ao art. 185 do CPP, que trata do interrogatório:

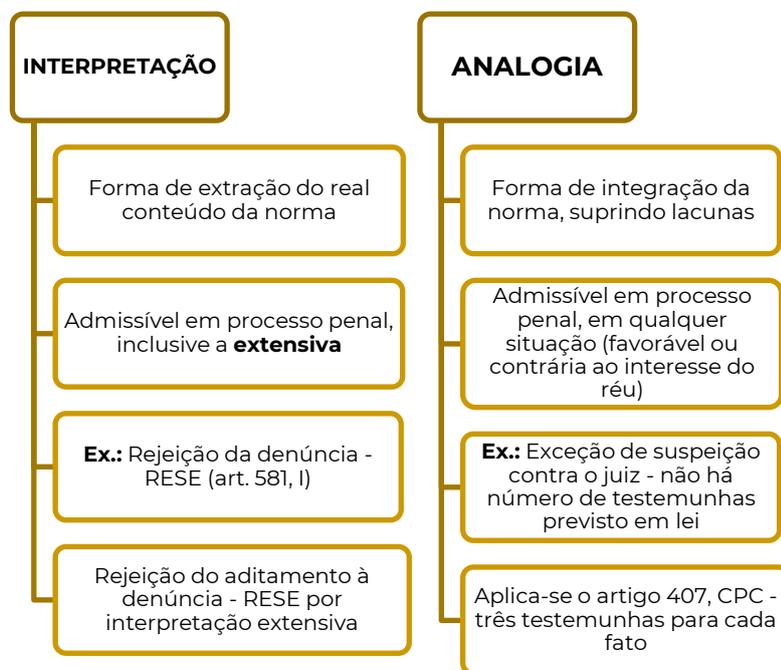
§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência **ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real**, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

Perceba: uma fórmula casuística (neste caso antes) – sistema de videoconferência; e, depois, uma assertiva genérica – outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.



A interpretação analógica (método de interpretação e não de integração), grosso modo, é quase uma 'analogia' determinada ou recomendada pela própria lei, em seu texto. A analogia pressupõe a omissão do legislador.

Na interpretação analógica há uma espécie de omissão em perspectiva, o legislador concebe



hipóteses que ele não tem condições de prever e, expressamente, procura estender a mesma regra para elas.

Terminamos fazendo alusão ao artigo 15 do Código de Processo Civil:

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

Não obstante a não referência expressa aos processos penais, o entendimento corrente, mesmo antes do novo Código, é que as regras do processo civil têm aplicação supletiva e subsidiária no processo penal. Não há razão lógica para distinção. Aliás, como dito, é muito comum que isso aconteça, até mesmo por remissão expressa da lei processual penal (citação com hora certa, por exemplo, prevista no art. 362 do CPP).

Veja-se que essa aplicação residual do CPC se dá em situações de inexistência de regra própria e específica. Um bom exemplo é dado por RENATO BRASILEIRO: não é possível aplicar o Código de Processo Civil no que diz respeito à contagem dos prazos, somente em dias úteis, como prevê o art. 219 do CPC; isso porque o processo penal tem disciplina própria sobre a questão, no art. 798:



Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

Essa regra, específica e pontual do CPP, afasta a possibilidade de aplicação analógica que, insistisse, pressupõe omissão da lei.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almeida, Joaquim Canuto Mendes de. 1973. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo : RT, 1973.
- Alves, Leonardo Barreto Moreira. 2017. *Processo penal*. 7ª. Salvador : JusPodivm, 2017.
- Avena, Norberto. 2015. *Manual de processo penal*. 3ª. Rio de Janeiro : Forense, 2015.
- . 2017. *Processo penal*. 9ª. São Paulo : Método, 2017.
- Badaró, Gustavo. 2017. *Processo penal*. 5ª. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017.
- Bonfim, Edilson Mougnot. 2013. *Curso de processo penal*. 8ª. São Paulo : Saraiva, 2013.
- Capez, Fernando. 2018. *Curso de processo penal*. 24. São Paulo : Saraiva, 2018.
- Cunha, Rogério Sanches, Taques, Pedro e Gomes, Luiz Flávio. 2009. *Limites constitucionais da investigação*. 1. São Paulo : RT, 2009.
- Demercian, Pedro Henrique e Maluly, Jorge Assaf. 2014. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro : Forense, 2014.
- Dezem, Guilherme Madeira. 2018. *Curso de processo penal*. 4ª. São Paulo : RT, 2018.
- Dias, Jorge de Figueiredo. 1974. *Direito processual penal - Clássicos Jurídicos*. 1. São Paulo : Coimbra, 1974.
- Filho, Fernando da Costa Tourinho. 2017. *Manual de processo penal*. 17. São Paulo : Saraiva, 2017.
- . 2011. *Processo penal*. 33. São Paulo : Saraiva, 2011. Vol. I.
- Filho, Vicente Greco. 2012. *Manual de processo penal*. 9. São Paulo : Saraiva, 2012.
- Franco, Alberto Silva e Stoco, Rui. 2001. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 1ª. São Paulo : RT, 2001.
- Jesus, Damário E. de. 1994. *Código de Processo Penal anotado*. 11ª. São Paulo : Saraiva, 1994.
- Júnior, Américo Bedê e Senna, Gustavo. 2009. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. 1. São Paulo : RT, 2009.
- Júnior, Aury Lopes. 2017. *Direito processual penal*. 14. São Paulo : Saraiva, 2017.
- Júnior, Fredie Didier, et al. 2016. *Processo penal*. Salvador : JusPodivm, 2016.
- Júnior, Roberto Delmanto. 2001. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.
- Lima, Renato Brasileiro de. 2017. *Manual de processo penal*. 5ª. Salvador : JusPodivm, 2017.
- Marcão, Renato Flavio. 2017. *Curso de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 2017.
- Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz. 2015. *Prova e convicção*. 3. São Paulo : RT, 2015.



- Marques, José Frederico. 1997.** *Elementos de direito processual penal*. Reedição 1ª. Campinas : Bookseller, 1997.
- . 1980. *Tratado de direito processual penal*. 1. São Paulo : Saraiva, 1980.
- Mendonça, Andrey Borges de. 2011.** *Prisão e outras medidas cautelares*. 1. Rio de Janeiro : Forense, 2011.
- Mirabete, Julio Fabbrini. 2005.** *Processo penal*. 17. São Paulo : Atlas, 2005.
- Mirabete, Julio Fabbrini. 2002.** *Código de Processo Penal interpretado*. 9ª. São Paulo : Atlas, 2002.
- Moraes, Alexandre de. 2005.** *Constituição Federal do Brasil interpretada*. 5. São Paulo : Atlas, 2005.
- Muccio, Hidejalma. 2000.** *Curso de processo penal*. 1. São Paulo : Edipro, 2000. Vol. I.
- Nalini, José Renato e Aquino, José Carlos Gonçalves Xavier de. 2009.** *Manual de processo penal*. São Paulo : RT, 2009.
- Netto, José Laurindo de Souza. 2009.** *Processo penal: sistemas e princípios*. 1. Curitiba : Juruá, 2009.
- Nicolitt, André Luiz. 2016.** *Manual de processo penal*. 6ª. São Paulo : RT, 2016.
- Noronha, E. Magalhães. 1995.** *Curso de direito processual penal*. 23. São Paulo : Saraiva, 1995.
- Nucci, Guilherme de Souza. 2013.** *Código de Processo Penal comentado*. 12ª. São Paulo : RT, 2013.
- . 2018. *Curso de direito processual penal*. 15. Rio de Janeiro : Forense, 2018.
- . 2014. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8ª. Rio de Janeiro : Forense, 2014.
- Pacelli, Eugênio. 2018.** *Curso de processo penal*. 21. São Paulo : Atlas, 2018.
- Pacelli, Eugênio e Fischer, Douglas. 2013.** *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5ª. São Paulo : Atlas, 2013.
- Pinheiro, Rui. 1976.** *A constituição e o processo penal*. 1. São Paulo : Coimbra, 1976.
- . 1974. *A constituição e o processo penal - Clássicos Jurídicos*. 1. São Paulo : Coimbra, 1974.
- Prado, Luiz Regis. 2009.** *Direito Processual Penal*. São Paulo : RT, 2009.
- Rangel, Paulo. 2017.** *Direito processual penal*. 25. São Paulo : Atlas, 2017.
- Reis, Alexandre Cebrian Araújo. 2012.** *Direito processual penal esquematizado*. 1. São Paulo : Saraiva, 2012.
- Távora, Nestor. 2017.** *Curso de direito processual penal*. 12. Salvador : JusPodvim, 2017.
- Távora, Nestor e Araújo, Fábio Roque. 2017.** *Código de processo penal comentado*. 8ª. Salvador : JusPodvim, 2017.
- Tornaghi, Hélio. 1967.** *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro : José Konfino, 1967.
- . 1997. *Curso de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1997. 10.
- Tucci, Rogério Lauria. 2004.** *Direitos e garantias individuais no processo penal Brasileiro*. 2. São Paulo : Saraiva, 2004.
- Wambier, Luiz Rodrigues. 2010.** *Curso avançado de processo civil*. 11. São Paulo : RT, 2010.



10. QUESTÕES

10.1 QUESTÕES COMENTADAS

1. (CESPE – Defensor Público Substituto – DPE/RN – 2015) Assinale a opção correta a respeito dos sistemas de processo penal e da interpretação da lei processual penal segundo o CPP e o entendimento do STJ:

a) De acordo com o CPP, a analogia equivale à norma penal incriminadora, protegida pela reserva legal, razão pela qual não pode ser usada contra o réu.

b) No sistema inquisitivo, a confissão é considerada a rainha das provas e predominam nele procedimentos exclusivamente escritos.

c) A lei processual penal veda a interpretação extensiva para prejudicar o réu.

d) A interpretação extensiva é um processo de integração por meio do qual se aplica a uma determinada situação para a qual inexistente hipótese normativa própria um preceito que regula hipótese semelhante.

e) Para o uso da analogia, é importante considerar a natureza do diploma de onde se deve extrair a norma reguladora.

► Comentários

A **alternativa A** está errada por duas razões. Primeira: o CPP não trata a analogia como norma penal incriminadora. Na compreensão da doutrina, não passa de método de integração que objetiva suprir lacunas. Segunda: prevalece a orientação de que, no processo penal (diferente do Direito Penal), a analogia pode ser empregada mesmo que em prejuízo do réu.

A **alternativa B** está correta e é o gabarito da questão. No sistema inquisitivo, segundo boa parte da doutrina (v.g. NUCCI), a confissão é tida como rainha das provas e nele preponderam procedimentos exclusivamente escritos, sem espaço para debates orais.

A **alternativa C** está errada. O art. 3º do CPP permite a interpretação extensiva no processo penal e não restringe sua aplicabilidade; logo, ela pode, inclusive, prejudicar o acusado.

A **alternativa D** está errada, porque conceitua/define a 'analogia'.



A **alternativa E** está errada. A natureza do diploma é irrelevante para o uso da analogia. O importante é saber a natureza da norma, porque se tiver cunho material estará vedada a analogia em prejuízo do acusado.

2. (FCC – Defensor Público Substituto – DPE/RS – 2014) No Brasil, segundo a maioria dos doutrinadores, vige o sistema processual penal do tipo acusatório. São características deste sistema processual penal

a) a imparcialidade do julgador, a flexibilização do contraditório na medida da necessidade para reconstrução da verdade real e a relativização do duplo grau de jurisdição.

b) o sigilo das audiências, a imparcialidade do julgador e a vedação ao duplo grau de jurisdição.

c) a igualdade das partes, o contraditório e a publicidade dos atos processuais.

d) a absoluta separação das funções de acusar e julgar, a publicidade dos atos processuais e a inexistência da coisa julgada.

e) o sigilo absoluto do inquérito policial, a publicidade dos atos processuais e o duplo grau de jurisdição.

► Comentários

A **assertiva A** está incorreta. No sistema acusatório o réu é sujeito de direitos; a flexibilização de direitos não é traço característico desse modelo, o que torna a assertiva errada.

Obs.: muitos sustentam que a verdade real é inatingível; o objetivo no processo, portanto, seria se aproximar ao máximo da reconstrução da verdade.

A **assertiva B** está errada. O sigilo das audiências e a vedação ao duplo grau de jurisdição não são características do sistema acusatório.

A **assertiva C** está correta porque os direitos e garantias nela indicados são traços característicos do sistema acusatório.

A **assertiva D** está incorreta. Atendendo a critérios de *segurança jurídica*, a existência de coisa julgada é característica do sistema acusatório.

A **assertiva E** está incorreta. O sigilo absoluto do inquérito não é característica do sistema acusatório. Lembre-se que o Brasil, segundo a maior parte da doutrina, é regido pelo sistema acusatório e que, aqui, o inquérito, embora sigiloso, não o é em absoluto.



3. (FCC – Defensor Público Substituto - DPE-PR – 2017) Os princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal incluem

- a) indisponibilidade.
- b) verdade real.
- c) razoável duração do processo.
- d) identidade física do juiz.
- e) favor rei.

► **Comentários**

A **assertiva C** é a única correta. Para responder adequadamente a questão o candidato deveria se atentar para o enunciado. O único princípio constitucional dentre as alternativas é a “duração razoável do processo” (art. 5º, LXXVIII, CF). Os demais são princípios processuais penais, mas sem uma previsão constitucional (norma) expressa e específica.

4. (UFMT – Defensor Público Substituto – DPE-MT – 2016) Quanto à eficácia temporal, a lei processual penal

- a) aplica-se somente a fatos criminosos ocorridos após a sua vigência.
- b) tem aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos atos já realizados.
- c) vigora desde logo, tendo sempre efeito retroativo.
- d) tem aplicação imediata nos processos ainda não instruídos.
- e) não tem aplicação imediata, salvo para beneficiar o acusado.

► **Comentários**

A **assertiva B** é a única correta, porque retrata, basicamente, o teor do artigo 2º do CPP. As demais alternativas, por contrariarem o disposto nesse dispositivo, estão erradas.

5. (FCC – Defensor Público Substituto – DPE-MA – 2015) O modelo processual acusatório tem sido entendido como o adequado a um Estado Democrático de Direito por ser o mais garantista. Tem-se como um pressuposto estrutural e lógico do modelo a

- a) possibilidade de *emendatio libelli* e *mutatio libelli*.



- b) existência de uma investigação prévia por delegado de polícia.
- c) possibilidade da prova ser colhida pelo próprio juiz.
- d) previsão legal de prisões processuais.
- e) separação entre juiz e acusação.

► Comentários

A **alternativa E** é a única correta. O questionamento pretende, basicamente, que o candidato identifique um pressuposto estrutural lógico do sistema acusatório. A separação das funções de acusar e julgar é o principal traço que distingue os modelos processuais acusatório e inquisitório e pode ser concebido como pressuposto estrutural lógico daquele sistema. As demais assertivas não evidenciam pressupostos, mas, no máximo, características secundárias de um ordenamento que adota o sistema acusatório (Brasil) e por isso estão erradas.

6. (CESPE - Defensor Público Substituto – DPE-PE – 2015) Acerca de aspectos diversos do processo penal brasileiro, o próximo item apresenta uma situação hipotética, seguida de uma assertiva a ser julgada (C/E).

Alberto e Adriano foram presos em flagrante delito. O juiz que analisou a prisão em flagrante concedeu a Alberto a liberdade provisória mediante o recolhimento de fiança arbitrada em um salário mínimo. Quanto a Adriano, foi-lhe decretada a prisão preventiva. Antes que o autuado Alberto recolhesse o valor da fiança e que a DP impetrasse habeas corpus em favor de Adriano, entrou em vigor lei processual penal nova mais gravosa, que tratou tanto da fiança quanto da prisão preventiva. Nessa situação, a lei processual penal nova que tratou da fiança aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Entretanto, à prisão preventiva aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis ao interessado.

► Comentários

A assertiva está **incorreta**. As disposições relacionadas à fiança e à prisão preventiva, embora previstas em diploma processual penal, têm nítido cunho de direito material. Aplicam-se, portanto, os princípios da ultratividade e retroatividade benéficas. Por esse motivo, as alterações (prejudiciais) relacionadas à fiança não serão aplicáveis na situação hipotética proposta.

7. (FCC – Juiz Substituto – TJ-SE – 2015) A lei processual penal,

- a) não admite aplicação analógica, salvo para beneficiar o réu.
- b) não admite aplicação analógica, mas admite interpretação extensiva.



- c) somente pode ser aplicada a processos iniciados sob sua vigência.
- d) admite o suplemento dos princípios gerais de direito.
- e) admite interpretação extensiva, mas não o suplemento dos princípios gerais de direito.

► **Comentário**

Está correta apenas a **assertiva D**. Para responder adequadamente à questão, bastaria que o candidato conhecesse o teor dos artigos 2º e 3º do CPP. Esses dispositivos deixam claro que a aplicação analógica é admitida no processo penal, que se aceita o suplemento dos princípios gerais de direito e, ainda, que a lei processual se aplica “desde logo”, ou seja, assim que entrar em vigor (não havendo qualquer restrição que impeça sua aplicação a processos iniciados antes disso).

8. (FCC – Juiz Substituto – TJ/GO – 2015) NÃO se trata de garantia processual expressa na Constituição da República:

- a) a liberdade provisória;
- b) a identificação do responsável pelo interrogatório policial;
- c) a publicidade restrita;
- d) o cumprimento da pena em estabelecimento distinto em razão da natureza do delito;
- e) o duplo grau de jurisdição.

► **Comentários**

A **assertiva E** é a única correta. O duplo grau de jurisdição não consta expressamente na Constituição. Essa garantia tem previsão no art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica e tem alguma expressão também na forma estrutural (competências, instâncias, tribunais) do Poder Judiciário concebida na CF.

As garantias indicadas nas demais assertivas estão previstas no art. 5º, incisos XLVIII, LX, LXIV e LXVI da CF.

9. (MPE-MA – Promotor de Justiça Substituto – MPE-MA – 2014) É consentâneo com o sistema inquisitorial de processo penal, exceto:

- a) Sigilo dos atos processuais



- b) Suscetibilidade de início do processo por meio de denúncia anônima
- c) Incumbência de formular a acusação não individualizada
- d) Arguição de suspeição do juiz
- e) Defesa técnica decorativa

► **Comentários**

A **assertiva D** é a única correta. O sistema inquisitório revela incompatibilidade com direitos e garantias fundamentais segundo boa parte da doutrina. Nele o juiz reúne as funções de acusar e julgar, restando comprometida a imparcialidade. Esse quadro deixa evidente que a possibilidade de arguir a suspeição do magistrado (forma de garantir imparcialidade) é conflitante com o sistema inquisitório. As demais assertivas, por outro lado, constituem traços compatíveis com esse sistema.

10. (CEFET/BA – Promotor de Justiça Substituto - MPE-BA – 2015) – ADAPTADA - Segundo o Código de Processo Penal, a iniciativa probatória do juiz, em respeito ao sistema acusatório e ao princípio da presunção de inocência, limitar-se-á à introdução de novas fontes de prova à persecução penal em juízo, desde que não caracterize atividade probatória supletiva do ônus processual da acusação. (C/E)

► **Comentários**

A assertiva está **errada por dois motivos**. Primeiro. A atuação do juiz não está limitada à 'introdução de novas fontes de prova'; afinal, nada impede que o juiz, por exemplo, determine de ofício novo interrogatório do réu (art. 196, CPP). Não se pode tratar o acusado, já ouvido, como 'nova fonte probatória'. Segundo. Prevalece a compreensão de que a atuação do magistrado no Processo Penal deve ser supletiva (complementar à iniciativa das partes). Essa é a melhor compreensão do art. 156, II do CPP. Ao contrário, portanto, do que sugere a assertiva.

11. (MPE-SC – Promotor de Justiça Substituto – MPE-SC – 2014) São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. É o que estabelece o Código de Processo Penal. (C/E)

► **Comentários**

A assertiva está **correta**, porque retrata exatamente o que dispõe o art. 157, caput e § 1º do CPP. O primeiro trecho da questão consagra a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.



O segundo trecho, por sua vez, deixa expressa a impossibilidade de utilização de provas ilícitas por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisoned tree*).

12. (PUC-PR – Juiz Substituto – TJ-PR – 2014) Dentre os princípios característicos do processo penal moderno, segundo a doutrina, é correto destacar o do estado de inocência, do contraditório, da verdade real, da oralidade, da publicidade, do juiz natural. (C/E)

► **Comentários**

Segundo a banca examinadora, a assertiva está **correta**. Não obstante essa tenha sido a posição adotada, há alguma controvérsia terminológica. Isso porque, para parte da doutrina, na modernidade, o princípio da verdade 'real' cedeu lugar para o "princípio da busca da verdade".

O único dos princípios que poderia, ainda, gerar alguma dúvida seria o da "oralidade". Esse, contudo, é um dos princípios que regem a produção probatória e pode ser considerado como característico do processo penal moderno.

13. (FCC – Defensor Público Substituto – DPE-SP – 2013 – ADAPTADA) Segundo o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, não podem subsistir condenações penais fundadas unicamente em prova produzida na fase do inquérito policial, sob pena de grave afronta às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (C/E)

► **Comentários**

A assertiva está **correta**. Para responder a questão o candidato deve ter conhecimento da lei e do entendimento do STF a respeito da matéria. O art. 155, *caput* do CPP deixa clara a impossibilidade de o juiz fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos de informação colhidos na fase investigatória. Essa, inclusive, é a orientação pacífica do STF (HC 103660, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 30-11-2010).

14. (FCC – Defensor Público Substituto – DPE-SP – 2013 – ADAPTADA) O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal. (C/E)

► **Comentários**

A assertiva está **correta**, porque retrata a orientação do STF sobre o tema (HC 98676, Rel. Celso de Mello, j. 07-02-2012). Tema ligado aos princípios da ampla defesa, contraditório, oralidade. A compreensão, hoje, é a de que o réu tem o direito e não a obrigação de acompanhar os atos de produção da prova (instrução da causa) – salvo em alguma situação em que estiver submetido a medida cautelar que lhe obrigue o comparecimento.



15. (FCC – Defensor Público Substituto – DPE-RS – 2014) Acerca dos princípios e garantias fundamentais aplicáveis ao processo penal, o princípio:

a) da ampla defesa assegura ao réu a indisponibilidade ao direito de defesa técnica, que pode ser exercida por defensor privado ou público. Entretanto, quando a defesa técnica for realizada por Defensor Público, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

b) do duplo grau de jurisdição, expressamente previsto na Constituição Federal, assegura a todos os acusados a revisão da sentença condenatória.

c) da presunção de inocência impõe um dever de tratamento ao réu, que deve ser considerado inocente durante a instrução do processo. Porém, após o advento de uma sentença condenatória e enquanto tramitar(em) o(s) recurso(s), esta presunção passa a ser de culpabilidade.

d) da publicidade, inserto no art. 93, IX, da Constituição Federal, estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, não admitindo qualquer limitação por lei ordinária, a fim de que não prejudique o interesse público à informação.

e) *ne procedat judex ex officio* estabelece a inércia da jurisdição. Sendo assim, o Código de Processo Penal proíbe ao juiz determinar, de ofício, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

► **Comentários**

A **assertiva A** está correta, isso porque retrata, basicamente, o raciocínio do art. 261 do Código de Processo Penal. Esse dispositivo esclarece que *nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*. O parágrafo único do supracitado artigo de lei pontua, também, que *a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada*.

A **alternativa B** está incorreta; afinal, o duplo grau de jurisdição não encontra previsão expressa na Constituição Federal.

A **assertiva C** também está errada. Sentença condenatória não transitada em julgado não faz presumir a culpabilidade do réu. O artigo 5º, LVII da Constituição Federal permite essa conclusão: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

A **assertiva D** está incorreta. O art. 93, IX da Constituição Federal viabiliza a limitação da publicidade por lei. Perceba-se: [...] *podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*.



A **alternativa E** está errada, porque o CPP autoriza que o juiz determine a realização de diligências, de ofício, para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II).

16. (CESPE – Juiz Federal – TRF1 – 2013) – ADAPTADA - Considera-se prova ilícita por derivação aquela colhida por meio de interceptação telefônica autorizada por juiz competente, mas que demonstra a autoria de crime diverso do que foi objeto específico da decisão judicial. (C/E)

► **Comentários**

A assertiva está **incorreta**. A prova relacionada a crime diverso obtida durante interceptação telefônica válida não é considerada ilícita. Cuida-se de um 'encontro fortuito de provas' (*serendipidade*).

17. (VUNESP – Juiz Substituto – TJ-SP – 2013) A exceção de incompetência constitui meio processual assecuratório da observância do princípio do(a):

- a) oficialidade;
- b) juiz natural;
- c) publicidade;
- d) persuasão racional

► **Comentários**

A **assertiva B** é a única correta. A exceção de incompetência é um instrumento que serve para assegurar o respeito às regras de competência; logo, consiste em meio assecuratório da observância do princípio do juiz natural (norma que determina que regras objetivas de competência sejam respeitadas a fim de garantir imparcialidade e independência). As demais alternativas não representam princípios relacionadas à competência e por isso estão erradas.

18. (VUNESP – Juiz Substituto – TJ-RJ – 2013) A doutrina é unânime ao apontar que os princípios constitucionais, em especial os relacionados ao processo penal, além de revelar o modelo de Estado escolhido pelos cidadãos, servem como meios de proteção da dignidade humana. Referidos princípios podem se apresentar de forma explícita ou implícita, sem diferença quanto ao grau de importância. São princípios constitucionais explícitos:

- a) juiz natural, vedação das provas ilícitas e promotor natural;
- b) devido processo legal, contraditório e duplo grau de jurisdição;



- c) ampla defesa, estado de inocência e verdade real;
- d) contraditório, juiz natural e soberania dos veredictos do Júri.

► Comentários

A **assertiva D** é a única correta. Os princípios do promotor natural, do duplo grau de jurisdição e da verdade real não têm previsão expressa na Constituição. Confirmam-se os demais princípios listados e seus respectivos artigos:

- Juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF);
- Vedação das provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF);
- Devido processo legal (art. 5º, LIV, CF);
- Contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF);
- Estado de inocência (art. 5º, LVII, CF);
- Soberania dos veredictos do Júri (art. 5º, XXXVIII, 'c', CF).

19. (CESPE – Delegado da Polícia Federal – 2002) A respeito da prova no processo penal, julgue o item a seguir. Marta foi indiciada em inquérito policial instaurado para apurar o crime de estelionato, na modalidade de fraude no pagamento por meio de cheque. A autoridade policial, visando submeter a cártula a exame grafotécnico, notificou Marta para comparecer à delegacia a fim de fornecer padrões gráficos do próprio punho. Nessa situação, como o objetivo do exame pericial é proporcionar a comparação entre o escrito comprovadamente feito pelo punho da indiciada e aquele cuja autoria está sendo pesquisada e que constitui o corpo de delito, a autoridade policial não poderá compelir Marta a comparecer à delegacia e a lançar as assinaturas. (C/E)

► Comentários

A assertiva está **correta**. MARTA não é obrigada a produzir prova contra si mesma. Não está compelida a praticar comportamento ativo que possa lhe prejudicar. Trata-se da exteriorização de uma garantia do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

20. (CESPE – Delegado da Polícia Federal – 2002) A incomunicabilidade do indiciado no inquérito policial, decretada por despacho fundamentado do juiz, encontra-se revogada pela atual Constituição Federal.

► Comentários

A assertiva está **correta**. A incomunicabilidade do indiciado não é mais admitida. Prevalece a orientação de que o art. 21 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela atual Constituição. Em certo grau, a inadmissibilidade da incomunicabilidade é exteriorização do



princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, a própria Constituição prevê que o preso tem direito à assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII, CF) e que essa garantia não pode ser afastada sequer em caso de Estado de Defesa (ora, se em uma situação de excepcionalidade não se admite, com menos razão se poderia sustentar a possibilidade numa situação de normalidade).

21. (CESPE – Juiz de Direito Substituto – TJ/PI – 2007) Segundo o STF, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem configurar maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de não culpabilidade.

► **Comentários**

A assertiva está **correta**. Prevalece o entendimento de que inquéritos e ações penais em curso não podem refletir negativamente nas circunstâncias judiciais, sob pena de afronta ao princípio da não culpabilidade. O STF, contudo, sinalizou que poderá em breve rever essa orientação.

22. (CESPE – Procurador do Estado de Pernambuco – PGE/PE – 2009) Em razão do princípio da presunção de inocência, não é possível haver prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado.

► **Comentários**

A assertiva está **incorreta**. É possível que o acusado permaneça preso durante todo o processo, desde que estejam presentes os requisitos e pressupostos que autorizem a prisão preventiva (art. 312 e 313, CPP) – enquanto medida cautelar. Além disso, não se descarta a possibilidade de execução provisória da pena, situação que já foi (não é mais) admitida pela nossa jurisprudência, hoje legalmente prevista para condenações em penas altas no júri (art. 492, I, 'e' do CPP).

23. (CESPE – Juiz Substituto – TJ/AM – 2016 – ADAPTADA) A defesa técnica é o corolário do princípio da ampla defesa, exigindo a participação de um advogado em todos os atos da persecução penal. Segundo o STF, atende integralmente a esse princípio o pedido de condenação ao mínimo legal, ainda que seja a única manifestação jurídica da defesa, patrocinada por defensor público ou dativo. (C/E)

► **Comentários**

A assertiva está **errada**. Não se exige a presença de defensor em toda a 'persecução penal'; afinal, na fase investigativa (inquérito) é dispensável o acompanhamento por advogado.

24. (CESPE – Juiz Substituto – TJ/DFT – 2015) – ADAPTADA - Se ficar comprovado que o defensor agiu com desídia e que essa conduta foi determinante para a condenação do réu, a sentença poderá ser anulada. (C/E)



► Comentários

A assertiva está **correta**. Prevalece o entendimento de que a deficiência da defesa somente tem o condão de anular a sentença condenatória se houver prova do prejuízo para o réu (Súmula 523, STF). O prejuízo, em princípio, estará presente se a desídia do defensor tiver sido determinante para a condenação.

25. (FCC – Juiz Substituto – TJ/SE – 2015) – ADAPTADA - É correto afirmar que:

- a) a defesa da intimidade não é motivo para restrição da publicidade dos atos processuais;
- b) a garantia do juiz natural é contemplada, mas não só, na previsão de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
- c) a garantia da duração razoável e os meios que garantem a celeridade da tramitação aplicam-se exclusivamente ao processo judicial;
- d) é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurada a competência para o julgamento, exclusivamente, dos crimes dolosos contra a vida.

► Comentários

A **assertiva A** está errada. A própria Constituição prevê a possibilidade de a intimidade restringir a publicidade dos atos processuais quando o sigilo não prejudicar o interesse público à informação (art. 93, IX da CF).

A **assertiva B** está correta. A garantia do juiz natural não se exaure na previsão de que ninguém será processado e sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, CF). A Constituição Federal consagra expressamente outro aspecto do juiz natural, qual seja: vedação à criação de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, CF).

A **assertiva C** está incorreta. A duração razoável (e os meios a ela inerentes) não se aplica exclusivamente ao processo judicial. O art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal é bastante claro ao assegurar essa garantia também no âmbito administrativo. Razoável concluir, inclusive, que essa garantia se estende ao inquérito (que se trata de procedimento administrativo).

A **alternativa D** está errada. O Júri não tem competência exclusiva para julgar crimes dolosos contra a vida. A Constituição Federal definiu a competência mínima, tanto é verdade que a própria lei infraconstitucional indica que cabe ao Júri a competência para decidir sobre crimes conexos às infrações dolosas contra a vida (inteligência do art. 78, I, CPP).

26. (VUNESP – Juiz Substituto – TJ/PA – 2014) Em matéria processual penal, o duplo grau de jurisdição:



- a) não é previsto expressamente pela Convenção Americana de Direitos Humanos, mas pela Constituição Federal de 1988;
- b) não é previsto expressamente pela Constituição Federal de 1988, mas é pela Convenção Americana de Direitos Humanos;
- c) não é previsto expressamente nem pela Convenção Americana de Direitos Humanos, nem pela Constituição Federal de 1988;
- d) é direito fundamental previsto expressamente tanto pela Constituição Federal de 1988 quanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos;
- e) é garantia fundamental prevista expressamente tanto pela Constituição Federal de 1988 quanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

► Comentários

A **assertiva B** é a única correta. O duplo grau de jurisdição não tem previsão expressa na Constituição, mas é garantia expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2, 'h'). O *duplo grau de jurisdição* foi objeto de muita reflexão durante o julgado da Ação Penal 470, no Supremo Tribunal Federal (Mensalão), isso porque se discutia se detentores de foro privilegiado (circunstância que garantia ao STF competência originária para conhecimento e julgamento do feito) teriam ou não direito assegurado ao duplo grau de jurisdição.

A melhor compreensão de duplo grau é aquela que segundo a qual se garante a interposição de recurso para rediscussão da matéria por outro tribunal. Nos casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal (instância máxima), isso não ocorre; afinal, eventuais recursos interpostos (permitidos pelo regimento interno) são decididos pelo próprio Supremo.

27. (CESPE – Juiz Substituto – TJ/PA – 2012) – ADAPTADA - Em regime de repercussão geral, de acordo com orientação do STF, viola o princípio do juiz natural o fato de turma julgadora ser composta, na sua maioria, por juízes de primeiro grau, uma vez que a materialização ideal de uma prestação jurisdicional célere e efetiva mediante a duração razoável do processo não justifica atribuir jurisdição a autoridade competente. (C/E).

► Comentários

A assertiva está **errada**. O STF, em repercussão geral, decidiu justamente o oposto: não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei 9.788/1999 (RE 597133/RS, Rel. Min Ricardo Lewandowski, j. 17-11-2010).



28. (TJ/SC – Juiz Substituto – TJ/SC – 2009) – ADAPTADA - No sistema acusatório pátrio vigente, o magistrado que deferiu a produção de prova pré-processual está impedido de processar e julgar eventual ação penal dela decorrente, pois fica comprometida a imparcialidade do julgador. (C/E).

► Comentários

A assertiva está **incorreta**. Não existe previsão no ordenamento jurídico vigente que determine que está impedido o juiz que deferiu prova na fase pré-processual (investigatória); pelo contrário, o magistrado (Vara) que o faz se torna prevento para o processamento e julgamento do feito (art. 83, CPP). A cogitada criação do *juiz de garantias*, caso se aprovasse alteração legislativa nesse sentido, é que provavelmente estabeleceria impedimento nesse sentido.

29. (MPF – Procurador da República – 2008) O princípio da igualdade de armas:

- a) se aplica ao processo penal sem restrições;
- b) não se aplica ao processo penal em nenhuma hipótese;
- c) é o mesmo que o princípio do contraditório;
- d) é mitigado na ação penal pública pelo princípio da oficialidade.

► Comentários

A **assertiva A** está incorreta. Existem restrições ao princípio da paridade de armas. Os embargos infringentes são exemplo disso; afinal, esse recurso só é cabível em benefício do acusado (art. 609, parágrafo único do CPP). A revisão criminal (que só pode ser manejada em benefício do réu) também constitui exceção ao referido princípio.

A **alternativa B** está errada. A paridade de armas se aplica ao processo penal (como regra) e, na essência, representa a igualdade das partes na relação processual.

A **assertiva C** também está errada. A paridade de armas garante que as partes tenham os mesmos direitos no âmbito da relação processual, enquanto o contraditório procura, basicamente, viabilizar que as partes possam se opor às alegações contrárias e participar da produção da prova.

A **alternativa D** está correta. Na ação penal pública, o acusado litiga contra o Estado (por intermédio do Ministério Público, órgão oficial) que demanda valendo-se das estruturas do próprio Estado. O acusado, por sua vez, age no processo contando apenas com sua própria força, daí se falar em mitigação da oficialidade.



30. (MPE/RS – Promotor de Justiça - MPE/RS – 2016) Sobre princípios e garantia processuais penais fundamentais, assinale a alternativa correta:

- a) o princípio do *nemo tenetur se detegere* é corolário da garantia constitucional do direito ao silêncio e impede que todo o acusado seja compelido a produzir ou contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse, salvo se não houver outro meio de produção de prova;
- b) constitui nulidade relativa o desempenho de uma única defesa técnica para corréus em posições conflitantes, em razão de violação ao princípio da ampla defesa;
- c) a garantia constitucional da duração razoável do processo não se aplica ao inquérito policial por se tratar de procedimento administrativo, sendo garantia exclusiva do processo acusatório;
- d) o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a mitigação do princípio da identidade física do juiz nos casos de convocação, licença, promoção ou de outro motivo que impeça o juiz que tiver presidido a instrução de sentenciar o feito, aplicando, por analogia, a lei processual civil;
- e) a defesa técnica em processo penal, por ser garantia exclusiva do acusado, pode ser por ele renunciada, desde que haja expressa manifestação de vontade homologada pelo juiz competente.

► **Comentários**

A prova foi anulada pela banca, mas a questão é bem interessante.

A **assertiva A** está errada. Ainda que não exista outro meio de produção de prova, estará resguardado o direito do acusado ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo.

OBS. O acusado tem o direito de não praticar atos que possam lhe incriminar. Essa garantia impede que o indivíduo seja compelido a praticar comportamento ativo que tenha o condão de lhe prejudicar contra sua vontade. É por isso que o acusado não estará obrigado a participar, por exemplo, de uma reconstituição. Essa garantia, ainda, não obriga o acusado a se submeter a uma coleta de provas invasiva; portanto, o indivíduo não estará obrigado a permitir a retirada de seu sangue, por exemplo. Entretanto, por não demandar comportamento ativo, o acusado poderá ser submetido a reconhecimento pessoal.

A **assertiva B** merece atenção. Em nossa concepção, o desempenho de única defesa técnica para corréus em posições conflitantes é caso de nulidade absoluta e por esse motivo a alternativa estaria errada. A propósito, confira-se trecho de uma citação constante na ementa de um julgado do STF:

[...] É certo, consoante acentua o magistério da doutrina (ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "As Nulidades no Processo Penal", p. 72, 1992, Malheiros) – com apoio na jurisprudência dos Tribunais, inclusive na desta



Suprema Corte –, que “Sempre se entendeu que o desempenho de uma única defesa técnica para acusados em posições conflitantes é causa de nulidade absoluta: RTJ 32/49 e 42/804; RT 217/78, 302/447 (...)” (HC 116320, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 31/03/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02/04/2014 PUBLIC 03/04/2014)

Entretanto, raciocínio diverso pode ser extraído de julgado do STJ, que estabelece:

[...] somente a falta de defesa técnica acarreta a nulidade absoluta da ação penal, sendo certo que, na alegação de sua deficiência, por se tratar de nulidade relativa, é necessária a demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, conforme preconiza o enunciado da Súmula 523 do STF. [...] (HC 228.527/AP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 23/02/2015).

Em questões semelhantes, recomenda-se que a alternativa seja considerada errada. Questão parecida já foi cobrada mais de uma vez em concursos e nesses certames a assertiva foi considerada incorreta.

A **alternativa C** está errada. A garantia da duração razoável do processo se aplica ao âmbito administrativo (art. 5º, LXXVIII, CF) e, conseqüentemente, ao inquérito policial, que é um procedimento administrativo.

A **assertiva D** foi indicada como correta pela banca examinadora; entretanto, **está errada** e merece atenção! O STJ vem admitindo a mitigação do princípio da identidade física do juiz nos casos indicados na assertiva; contudo, a lei processual civil vigente (CPC/2015) não mais consagra expressamente o referido princípio, tampouco prevê (como fazia o CPC/73, art. 132) as possibilidades em que tal postulado pode ser relevado. Por esse motivo, não há mais se falar em aplicação, por analogia, da lei processual civil nessas situações.

A **alternativa E** também está incorreta. O acusado não pode renunciar a garantia à defesa técnica.

31. (FEPESE – Promotor de Justiça – MPE/SC – 2014) Trata-se de Súmula Vinculante do STF: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (C/E)

► Comentários

A assertiva está **correta** e representa o teor da Súmula Vinculante 14 do STF.

32. (MPE/RJ – Promotor de Justiça – MPE/RJ – 2011) Tendo o Brasil ratificado o Pacto de São José da Costa Rica, a determinação de uma necessária duração razoável do processo, estabelecida por essa Convenção, foi incorporada à Constituição Federal. Sobre o tema, é correto afirmar que:



- a) a recente reforma pontual processual penal previu essa duração no Código de Processo Penal, estipulando prazos e sanções;
- b) a jurisprudência brasileira já determinou os prazos e sanções para o descumprimento dessa norma constitucional;
- c) a própria Constituição estipulou sanções, inclusive a indenização;
- d) a norma ainda não foi regulamentada, dependendo de estipulação de prazos e sanções;
- e) em caso de processo com duração não razoável, pode o juiz extinguir o processo.

► Comentários

A **assertiva A** está errada porque a alteração legislativa de 2008 não previu a duração razoável no processo penal.

A **alternativa B** está incorreta. A jurisprudência estabeleceu orientações quanto aos prazos, mas isso antes da reforma legislativa. Com a alteração, contudo, essas orientações restaram prejudicadas.

A **assertiva C** também está errada, isso porque a Constituição não previu sanções para a inobservância da duração razoável do processo.

A **alternativa D** está correta. Não existe lei que esclareça o que se entende por *duração razoável do processo*. O Código de Processo Penal não indica os prazos a serem respeitados e nem impõe sanções quanto ao descumprimento. Prevalece o princípio da razoabilidade em relação a essa questão.

A **assertiva E** está incorreta. O juiz pode eventualmente relaxar a prisão cautelar por excesso de prazo, mas não extinguir o processo.

33. (FCC – Promotor de Justiça – MPE/CE – 2011) O art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, aos 10 de dezembro de 1948, consagra que toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal. O princípio que se adéqua a essa redação é o:

- a) do juiz natural;
- b) da ampla defesa;



- c) do contraditório;
- d) do duplo grau de jurisdição;
- e) da publicidade.

► **Comentários**

A **assertiva A** é a única correta. A garantia prevista no enunciado parte da ideia do princípio do *juiz natural* (art. 5º, XXXVII e LIII da CF). Esse postulado defende que não haverá juízo ou tribunal de exceção e que ninguém será processado ou sentenciado senão por autoridade competente. O conceito dos demais princípios é objeto do material.

34. (FUMARC – Defensor Público – DP/MG – 2009) O princípio processual que impede que o cidadão venha a ser preso provisoriamente, de forma desnecessária, é conhecido como:

- a) correlação;
- b) juiz natural;
- c) ampla defesa;
- d) não culpabilidade;
- e) publicidade.

► **Comentários**

A **assertiva D** é a única correta. Segundo o princípio da não culpabilidade (ou presunção de inocência), ninguém será considerado culpado senão com o advento de sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, CF). Esse, princípio, contudo, não impede a prisão provisória, quando necessária e presentes os requisitos e pressupostos (art. 312 e 313, CPP). O conceito dos demais princípios é e será objeto do material.

35. (FCC- Defensor Público – DP/PA – 2009) O princípio da ampla defesa no processo penal, de acordo com a Constituição Federal, aplica-se a todos os brasileiros:

- a) sem distinção de qualquer natureza;
- b) e estrangeiros amparados por tratados de reciprocidade;
- c) natos;



- d) e estrangeiros residentes no país;
- e) em gozo de seus direitos políticos.

► **Comentários**

A **assertiva A** merece atenção. Por mais que não esteja completamente errada, está incompleta, porque não faz menção aos estrangeiros (art. 5º, *caput* e LV, CF). Por isso, deve ser considerada errada.

A **alternativa B** está incorreta, pois tratados de reciprocidade não são necessários para que a ampla defesa seja resguardada aos estrangeiros residentes no país (art. 5º, *caput* e LV, CF).

A **alternativa C** também merece atenção. Por mais que não esteja completamente errada, a assertiva está incompleta, porque a ampla defesa não é garantida apenas aos brasileiros natos, mas também aos naturalizados e aos estrangeiros (art. 5º, *caput* e LV, CF). Por isso, deve ser considerada errada.

A **alternativa D** está certa, pois traduz a essência do art. 5º, *caput* e LV da Constituição Federal no processo penal.

A **assertiva E** está incorreta porque se garante ampla defesa inclusive àqueles que não estejam em gozo de seus direitos políticos. A Constituição não restringe (art. 5º, CF).

36. (VUNESP – Delegado de Polícia – PC/SP – 2014) São princípios constitucionais explícitos do processo penal:

- a) ampla defesa e intervenção mínima;
- b) presunção de inocência e lesividade;
- c) intervenção mínima e duplo grau de jurisdição;
- d) presunção de inocência e ampla defesa;
- e) lesividade e intervenção mínima.

► **Comentários**

A **assertiva A** está errada. O princípio da intervenção mínima não se relaciona ao processo penal e, segundo prevalece, não está explícito na Constituição.



A **alternativa B** está errada. O princípio da lesividade é mais um postulado do Direito Penal do que do Processo Penal. Além disso, não está explícito na Constituição.

A **assertiva C** está errada. Quanto à intervenção mínima, valem as mesmas observações lançadas nas considerações da alternativa A. O duplo grau de jurisdição, por sua vez, também não encontra previsão explícita na Constituição.

A **assertiva D** está correta, pois retrata garantias previstas textualmente na Constituição (art. 5º, LV e LVII).

A **alternativa E** está errada. Confirmam-se os apontamentos relacionados às assertivas A e B.

37. (FUNCAB – Delegado de Polícia – PC/RO – 2014) Assinale a alternativa em que se encontra uma característica do sistema acusatório.

- a) o julgador é protagonista na busca pela prova;
- b) as decisões não precisam ser fundamentadas;
- c) a atividade probatória é atribuição natural das partes;
- d) as funções de acusar e de julgar são concentradas em uma das pessoas;
- e) as decisões são sempre sigilosas.

► Comentários

A **alternativa A** está errada. No sistema acusatório, o protagonismo pertence às partes.

A **assertiva B** também está incorreta. As decisões no sistema acusatório devem ser fundamentadas para que as partes possam exercer adequadamente o controle sobre o que foi decidido (art. 93, IX, CF).

A **alternativa C** está correta. A atividade probatória é atribuição natural das partes. O juiz pode atuar supletivamente, para dirimir eventuais dúvidas (art. 156, CPP).

A **assertiva D** está errada. A concentração das funções de acusar e julgar é traço característico do sistema inquisitório.

A **alternativa E** está incorreta. No sistema acusatório, as decisões são públicas. O sigilo é a exceção (art. 93, IX, CF).



38. (VUNESP – Delegado de Polícia – PC/SP – 2014) Em se tratando de processo penal, assinale a alternativa que apresenta correta e respectivamente, uma fonte direta e uma fonte indireta.

- a) costume e lei;
- b) costume e jurisprudência;
- c) doutrina e jurisprudência;
- d) princípios gerais do direito e doutrina;
- e) lei e costume.

► **Comentários**

A assertiva **E** é a única correta. A lei é fonte direta (imediata), enquanto o costume, a jurisprudência, os princípios gerais do direito e a doutrina são fontes indiretas (mediatas).

39. (FEPESE – Promotor de Justiça – MP/SC – 2014) Analise o enunciado da questão abaixo e assinale se ele é falso ou verdadeiro:

São efeitos do princípio tempus regit actum, previsto no Código de Processo Penal: a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior são considerados válidos; b) as normas processuais têm aplicação imediata, pouco importando se o fato que deu origem ao processo é anterior à sua entrada em vigor.

► **Comentários**

A assertiva está **correta**. Por mais que tenha aplicação imediata, a lei processual superveniente não retroage; logo, atos processuais praticados sob a vigência da lei anterior são válidos e não serão repetidos. Cuida-se, na espécie, da orientação do art. 2º do Código de Processo Penal, que materializa o princípio do *tempus regit actum*.

40. (MPE/SC – Promotor de Justiça - MPE/SC – 2016) A teoria dos “frutos da árvore envenenada”, de origem norte-americana, encontra-se prevista no art. 157, §1º, do Código de Processo Penal, quando este dispõe serem inadmissíveis, sem ressalvas, as provas derivadas das ilícitas. (C/E)

► **Comentários**

A assertiva está **errada**, pois o dispositivo legal indicado na alternativa prevê exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Então, existem ressalvas. Segundo o art. 157, § 1º do Código de Processo Penal, são admitidas essas provas quando não evidenciado nexo de



causalidade entre as ilícitas e as 'derivadas' e, ainda, quando as derivadas puderem ser obtidas por fonte independente.



10.2 QUESTÕES SEM COMENTÁRIOS

1. (CESPE – Defensor Público – DPE/RN – 2015) Assinale a opção correta a respeito dos sistemas de processo penal e da interpretação da lei processual penal segundo o CPP e o entendimento do STJ

a) De acordo com o CPP, a analogia equivale à norma penal incriminadora, protegida pela reserva legal, razão pela qual não pode ser usada contra o réu.

b) No sistema inquisitivo, a confissão é considerada a rainha das provas e predominam nele procedimentos exclusivamente escritos.

c) A lei processual penal veda a interpretação extensiva para prejudicar o réu.

d) A interpretação extensiva é um processo de integração por meio do qual se aplica a uma determinada situação para a qual inexistente hipótese normativa própria um preceito que regula hipótese semelhante.

e) Para o uso da analogia, é importante considerar a natureza do diploma de onde se deve extrair a norma reguladora.

2. (FCC – Defensor Público – DPE/RS – 2014) No Brasil, segundo a maioria dos doutrinadores, vige o sistema processual penal do tipo acusatório. São características deste sistema processual penal

a) a imparcialidade do julgador, a flexibilização do contraditório na medida da necessidade para reconstrução da verdade real e a relativização do duplo grau de jurisdição.

b) o sigilo das audiências, a imparcialidade do julgador e a vedação ao duplo grau de jurisdição.

c) a igualdade das partes, o contraditório e a publicidade dos atos processuais.

d) a absoluta separação das funções de acusar e julgar, a publicidade dos atos processuais e a inexistência da coisa julgada.

e) o sigilo absoluto do inquérito policial, a publicidade dos atos processuais e o duplo grau de jurisdição.

3. (FCC – Defensor Público - DPE-PR – 2017) Os princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal incluem

a) indisponibilidade.



- b) verdade real.
- c) razoável duração do processo.
- d) identidade física do juiz.
- e) favor rei.

4. (UFMT – Defensor Público – DPE-MT – 2016) Quanto à eficácia temporal, a lei processual penal

- a) aplica-se somente a fatos criminosos ocorridos após a sua vigência.
- b) tem aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos atos já realizados.
- c) vigora desde logo, tendo sempre efeito retroativo.
- d) tem aplicação imediata nos processos ainda não instruídos.
- e) não tem aplicação imediata, salvo para beneficiar o acusado.

5. (FCC – Defensor Público – DPE-MA – 2015) O modelo processual acusatório tem sido entendido como o adequado a um Estado Democrático de Direito por ser o mais garantista. Tem-se como um pressuposto estrutural e lógico do modelo a

- a) possibilidade de *emendatio libelli* e *mutatio libelli*.
- b) existência de uma investigação prévia por delegado de polícia.
- c) possibilidade da prova ser colhida pelo próprio juiz.
- d) previsão legal de prisões processuais.
- e) separação entre juiz e acusação.

6. (CESPE - Defensor Público – DPE-PE – 2015) Acerca de aspectos diversos do processo penal brasileiro, o próximo item apresenta uma situação hipotética, seguida de uma assertiva a ser julgada (C/E).

Alberto e Adriano foram presos em flagrante delito. O juiz que analisou a prisão em flagrante concedeu a Alberto a liberdade provisória mediante o recolhimento de fiança arbitrada em um salário mínimo. Quanto a Adriano, foi-lhe decretada a prisão preventiva. Antes que o autuado Alberto recolhesse o valor da fiança e que a DP impetrasse habeas corpus em favor de Adriano,



entrou em vigor lei processual penal nova mais gravosa, que tratou tanto da fiança quanto da prisão preventiva. Nessa situação, a lei processual penal nova que tratou da fiança aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Entretanto, à prisão preventiva aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis ao interessado.

7. (FCC – Juiz Substituto – TJ-SE – 2015) A lei processual penal,

- a) não admite aplicação analógica, salvo para beneficiar o réu.
- b) não admite aplicação analógica, mas admite interpretação extensiva.
- c) somente pode ser aplicada a processos iniciados sob sua vigência.
- d) admite o suplemento dos princípios gerais de direito.
- e) admite interpretação extensiva, mas não o suplemento dos princípios gerais de direito.

8. (FCC – Juiz Substituto – TJ/GO – 2015) NÃO se trata de garantia processual expressa na Constituição da República:

- a) a liberdade provisória;
- b) a identificação do responsável pelo interrogatório policial;
- c) a publicidade restrita;
- d) o cumprimento da pena em estabelecimento distinto em razão da natureza do delito;
- e) o duplo grau de jurisdição.

9. (MPE-MA – Promotor de Justiça – MPE-MA – 2014) É consentâneo com o sistema inquisitorial de processo penal, exceto:

- a) Sigilo dos atos processuais
- b) Suscetibilidade de início do processo por meio de denúncia anônima
- c) Incumbência de formular a acusação não individualizada
- d) Arguição de suspeição do juiz
- e) Defesa técnica decorativa



10. (CEFET/BA – Promotor de Justiça - MPE-BA – 2015) – ADAPTADA - Segundo o Código de Processo Penal, a iniciativa probatória do juiz, em respeito ao sistema acusatório e ao princípio da presunção de inocência, limitar-se-á à introdução de novas fontes de prova à persecução penal em juízo, desde que não caracterize atividade probatória supletiva do ônus processual da acusação. (C/E)

11. (MPE-SC – Promotor de Justiça – MPE-SC – 2014) São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. É o que estabelece o Código de Processo Penal. (C/E)

12. (PUC-PR – Juiz Substituto – TJ-PR – 2014) Dentre os princípios característicos do processo penal moderno, segundo a doutrina, é correto destacar o do estado de inocência, do contraditório, da verdade real, da oralidade, da publicidade, do juiz natural. (C/E)

13. (FCC – Defensor Público– DPE-SP – 2013) – ADAPTADA - Segundo o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, não podem subsistir condenações penais fundadas unicamente em prova produzida na fase do inquérito policial, sob pena de grave afronta às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (C/E)

14. (FCC – Defensor Público – DPE-SP – 2013) – ADAPTADA - O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal. (C/E)

15. (FCC – Defensor Público – DPE-RS – 2014) Acerca dos princípios e garantias fundamentais aplicáveis ao processo penal, o princípio:

a) da ampla defesa assegura ao réu a indisponibilidade ao direito de defesa técnica, que pode ser exercida por defensor privado ou público. Entretanto, quando a defesa técnica for realizada por Defensor Público, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

b) do duplo grau de jurisdição, expressamente previsto na Constituição Federal, assegura a todos os acusados a revisão da sentença condenatória.

c) da presunção de inocência impõe um dever de tratamento ao réu, que deve ser considerado inocente durante a instrução do processo. Porém, após o advento de uma sentença condenatória e enquanto tramitar(em) o(s) recurso(s), esta presunção passa a ser de culpabilidade.

d) da publicidade, inserto no art. 93, IX, da Constituição Federal, estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, não admitindo qualquer limitação por lei ordinária, a fim de que não prejudique o interesse público à informação.



e) *ne procedat iudex ex officio* estabelece a inércia da jurisdição. Sendo assim, o Código de Processo Penal proíbe ao juiz determinar, de ofício, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

16. (CESPE – Juiz Federal – TRF1 – 2013) – ADAPTADA - Considera-se prova ilícita por derivação aquela colhida por meio de interceptação telefônica autorizada por juiz competente, mas que demonstra a autoria de crime diverso do que foi objeto específico da decisão judicial. (C/E)

17. (VUNESP – Juiz Substituto – TJ-SP – 2013) A exceção de incompetência constitui meio processual assecuratório da observância do princípio do(a):

- a) oficialidade;
- b) juiz natural;
- c) publicidade;
- d) persuasão racional

18. (VUNESP – Juiz Substituto – TJ-RJ – 2013) A doutrina é unânime ao apontar que os princípios constitucionais, em especial os relacionados ao processo penal, além de revelar o modelo de Estado escolhido pelos cidadãos, servem como meios de proteção da dignidade humana. Referidos princípios podem se apresentar de forma explícita ou implícita, sem diferença quanto ao grau de importância. São princípios constitucionais explícitos:

- a) juiz natural, vedação das provas ilícitas e promotor natural;
- b) devido processo legal, contraditório e duplo grau de jurisdição;
- c) ampla defesa, estado de inocência e verdade real;
- d) contraditório, juiz natural e soberania dos veredictos do Júri.

19. (CESPE – Delegado da Polícia Federal – 2002) A respeito da prova no processo penal, julgue o item a seguir. Marta foi indiciada em inquérito policial instaurado para apurar o crime de estelionato, na modalidade de fraude no pagamento por meio de cheque. A autoridade policial, visando submeter a cártula a exame grafotécnico, notificou Marta para comparecer à delegacia a fim de fornecer padrões gráficos do próprio punho. Nessa situação, como o objetivo do exame pericial é proporcionar a comparação entre o escrito comprovadamente feito pelo punho da indiciada e aquele cuja autoria está sendo pesquisada e que constitui o corpo de delito, a autoridade policial não poderá compelir Marta a comparecer à delegacia e a lançar as assinaturas. (C/E)



20. (CESPE – Delegado da Polícia Federal – 2002) A incomunicabilidade do indiciado no inquérito policial, decretada por despacho fundamentado do juiz, encontra-se revogada pela atual Constituição Federal. (C/E)

21. (CESPE – Juiz Substituto – TJ/PI – 2007) Segundo o STF, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem configurar maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de não culpabilidade. (C/E)

22. (CESPE – Procurador do Estado de Pernambuco – PGE/PE – 2009) Em razão do princípio da presunção de inocência, não é possível haver prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado. (C/E)

23. (CESPE – Juiz Substituto – TJ/AM – 2016) – ADAPTADA - A defesa técnica é o corolário do princípio da ampla defesa, exigindo a participação de um advogado em todos os atos da persecução penal. Segundo o STF, atende integralmente a esse princípio o pedido de condenação ao mínimo legal, ainda que seja a única manifestação jurídica da defesa, patrocinada por defensor público ou dativo. (C/E)

24. (CESPE – Juiz Substituto – TJ/DFT – 2015) – ADAPTADA - Se ficar comprovado que o defensor agiu com desídia e que essa conduta foi determinante para a condenação do réu, a sentença poderá ser anulada. (C/E)

25. (FCC – Juiz Substituto – TJ/SE – 2015) – ADAPTADA - É correto afirmar que:

- a) a defesa da intimidade não é motivo para restrição da publicidade dos atos processuais;
- b) a garantia do juiz natural é contemplada, mas não só, na previsão de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
- c) a garantia da duração razoável e os meios que garantem a celeridade da tramitação aplicam-se exclusivamente ao processo judicial;
- d) é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurada a competência para o julgamento, exclusivamente, dos crimes dolosos contra a vida.

26. (VUNESP – Juiz Substituto – TJ/PA – 2014) Em matéria processual penal, o duplo grau de jurisdição:

- a) não é previsto expressamente pela Convenção Americana de Direitos Humanos, mas pela Constituição Federal de 1988;
- b) não é previsto expressamente pela Constituição Federal de 1988, mas é pela Convenção Americana de Direitos Humanos;



c) não é previsto expressamente nem pela Convenção Americana de Direitos Humanos, nem pela Constituição Federal de 1988;

d) é direito fundamental previsto expressamente tanto pela Constituição Federal de 1988 quanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos;

e) é garantia fundamental prevista expressamente tanto pela Constituição Federal de 1988 quanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

27. (CESPE – Juiz Substituto – TJ/PA – 2012) - ADAPTADA - Em regime de repercussão geral, de acordo com orientação do STF, viola o princípio do juiz natural o fato de turma julgadora ser composta, na sua maioria, por juízes de primeiro grau, uma vez que a materialização ideal de uma prestação jurisdicional célere e efetiva mediante a duração razoável do processo não justifica atribuir jurisdição a autoridade competente. (C/E).

28. (TJ/SC – Juiz Substituto – TJ/SC – 2009) - ADAPTADA - No sistema acusatório pátrio vigente, o magistrado que deferiu a produção de prova pré-processual está impedido de processar e julgar eventual ação penal dela decorrente, pois fica comprometida a imparcialidade do julgador. (C/E).

29. (MPF – Procurador da República – 2008) O princípio da igualdade de armas:

a) se aplica ao processo penal sem restrições;

b) não se aplica ao processo penal em nenhuma hipótese;

c) é o mesmo que o princípio do contraditório;

d) é mitigado na ação penal pública pelo princípio da oficialidade.

30. (MPE/RS – Promotor de Justiça - MPE/RS – 2016) Sobre princípios e garantia processuais penais fundamentais, assinale a alternativa correta:

a) o princípio do *nemo tenetur se detegere* é corolário da garantia constitucional do direito ao silêncio e impede que todo o acusado seja compelido a produzir ou contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse, salvo se não houver outro meio de produção de prova;

b) constitui nulidade relativa o desempenho de uma única defesa técnica para corréus em posições conflitantes, em razão de violação ao princípio da ampla defesa;

c) a garantia constitucional da duração razoável do processo não se aplica ao inquérito policial por se tratar de procedimento administrativo, sendo garantia exclusiva do processo acusatório;



d) o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a mitigação do princípio da identidade física do juiz nos casos de convocação, licença, promoção ou de outro motivo que impeça o juiz que tiver presidido a instrução de sentenciar o feito, aplicando, por analogia, a lei processual civil;

e) a defesa técnica em processo penal, por ser garantia exclusiva do acusado, pode ser por ele renunciada, desde que haja expressa manifestação de vontade homologada pelo juiz competente.

31. (FEPESE – Promotor de Justiça – MPE/SC – 2014) Trata-se de Súmula Vinculante do STF: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (C/E)

32. (MPE/RJ – Promotor de Justiça – MPE/RJ – 2011) Tendo o Brasil ratificado o Pacto de São José da Costa Rica, a determinação de uma necessária duração razoável do processo, estabelecida por essa Convenção, foi incorporada à Constituição Federal. Sobre o tema, é correto afirmar que:

a) a recente reforma pontual processual penal previu essa duração no Código de Processo Penal, estipulando prazos e sanções;

b) a jurisprudência brasileira já determinou os prazos e sanções para o descumprimento dessa norma constitucional;

c) a própria Constituição estipulou sanções, inclusive a indenização;

d) a norma ainda não foi regulamentada, dependendo de estipulação de prazos e sanções;

e) em caso de processo com duração não razoável, pode o juiz extinguir o processo.

33. (FCC – Promotor de Justiça – MPE/CE – 2011) O art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, aos 10 de dezembro de 1948, consagra que toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal. O princípio que se adéqua a essa redação é o:

a) do juiz natural;

b) da ampla defesa;

c) do contraditório;

d) do duplo grau de jurisdição;



e) da publicidade.

34. (FUMARC – Defensor Público – DP/MG – 2009) O princípio processual que impede que o cidadão venha a ser preso provisoriamente, de forma desnecessária, é conhecido como:

- a) correlação;
- b) juiz natural;
- c) ampla defesa;
- d) não culpabilidade;
- e) publicidade.

35. (FCC- Defensor Público – DP/PA – 2009) O princípio da ampla defesa no processo penal, de acordo com a Constituição Federal, aplica-se a todos os brasileiros:

- a) sem distinção de qualquer natureza;
- b) e estrangeiros amparados por tratados de reciprocidade;
- c) natos;
- d) e estrangeiros residentes no país;
- e) em gozo de seus direitos políticos.

36. (FCC- Defensor Público – DP/PA – 2009) O princípio da ampla defesa no processo penal, de acordo com a Constituição Federal, aplica-se a todos os brasileiros:

- a) sem distinção de qualquer natureza;
- b) e estrangeiros amparados por tratados de reciprocidade;
- c) natos;
- d) e estrangeiros residentes no país;
- e) em gozo de seus direitos políticos.

37. (FUNCAB – Delegado de Polícia – PC/RO – 2014) Assinale a alternativa em que se encontra uma característica do sistema acusatório.



- a) o julgador é protagonista na busca pela prova;
- b) as decisões não precisam ser fundamentadas;
- c) a atividade probatória é atribuição natural das partes;
- d) as funções de acusar e de julgar são concentradas em uma das pessoas;
- e) as decisões são sempre sigilosas.

38. (VUNESP – Delegado de Polícia – PC/SP – 2014) Em se tratando de processo penal, assinale a alternativa que apresenta correta e respectivamente, uma fonte direta e uma fonte indireta.

- a) costume e lei;
- b) costume e jurisprudência;
- c) doutrina e jurisprudência;
- d) princípios gerais do direito e doutrina;
- e) lei e costume.

39. (FEPESE – Promotor de Justiça – MP/SC – 2014) Analise o enunciado da questão abaixo e assinale se ele é falso ou verdadeiro:

São efeitos do princípio *tempus regit actum*, previsto no Código de Processo Penal: a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior são considerados válidos; b) as normas processuais têm aplicação imediata, pouco importando se o fato que deu origem ao processo é anterior à sua entrada em vigor.

40. (MPE/SC – Promotor de Justiça - MPE/SC – 2016) A teoria dos “frutos da árvore envenenada”, de origem norte-americana, encontra-se prevista no art. 157, §1º, do Código de Processo Penal, quando este dispõe serem inadmissíveis, sem ressalvas, as provas derivadas das ilícitas. (C/E)



10.3 GABARITO

- | | | |
|-----------|-----------|-----------|
| 1. B | 15.A | 29.D |
| 2. C | 16.Errada | 30.D |
| 3. C | 17.B | 31.Certa |
| 4. B | 18.D | 32.D |
| 5. E | 19.Certa | 33.A |
| 6. Errada | 20.Certa | 34.D |
| 7. D | 21.Certa | 35.D |
| 8. E | 22.Errada | 36.D |
| 9. D | 23.Errada | 37.C |
| 10.Errada | 24.Certa | 38.E |
| 11.Certa | 25.B | 39.Certa |
| 12.Certa | 26.B | 40.Errada |
| 13.Certa | 27.Errada | |
| 14.Certa | 28.Errada | |



11. RESUMO

11.1 PROCESSO E DIREITO PROCESSUAL PENAL

Processo é instrumento de resultado, de efetividade, de aplicação do direito material (penal) ao caso concreto. É mecanismo instrumental da jurisdição.

Direito Processual Penal é o **conjunto de normas jurídicas** que orientam e disciplinam o processo penal. A tutela do Direito Penal se concretiza através do Direito Processual Penal.

Não existe uma *teoria geral* do processo penal. Parte da doutrina faz uso da teoria geral do processo civil. Essa integração revela incongruências e paradoxos.

O processo penal cuida de direitos indisponíveis, não particulares, onde o interesse estatal, público, está mais presente, deve ser preponderante e orientador dos atos processuais. Ao contrário do processo civil que, em boa medida, tutela bens e interesses disponíveis, particulares e de caráter individual.

Processo penal é barreira necessária entre a pretensão punitiva do Estado, detentor do poder, e o acusado e sua liberdade individual.

Processo tem função de um delimitador do poder estatal - *nulla poena sine iudicio*.

Se um de lado o Direito Penal estabelece os crimes e suas categorias; de outro o Direito Processual Penal cuida da elucidação, dos mecanismos normativos para reconhecimento (condenação) ou afastamento (absolvição) do delito, num complexo de atos que têm uma forma preestabelecida, que se sucedem e se entrelaçam entre si (e a isso se chama rito ou procedimento) e que devem respeito e observância aos direitos e garantias individuais

Desafio do processo penal é ser um instrumento eficaz e efetivo a serviço do sistema criminal e, ao mesmo tempo, a grande salvaguarda dos direitos e garantias individuais.

O Direito Civil se realiza todos os dias, a todo momento, sem necessidade de 'processo'. Somente é chamado o processo civil quando existe uma lide, pensada como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. E o direito penal? Não é assim. O direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal, ou seja, não se efetiva senão pela via processual. Quando alguém é vítima de um crime, a pena não se concretiza, não se efetiva imediatamente. Somente depois do processo penal teremos a possibilidade de aplicação da pena e realização plena do Direito Penal.



11.2 FONTES

Materiais: compete privativamente à União legislar sobre direito processual. Estados têm competência concorrente para legislar sobre procedimentos.

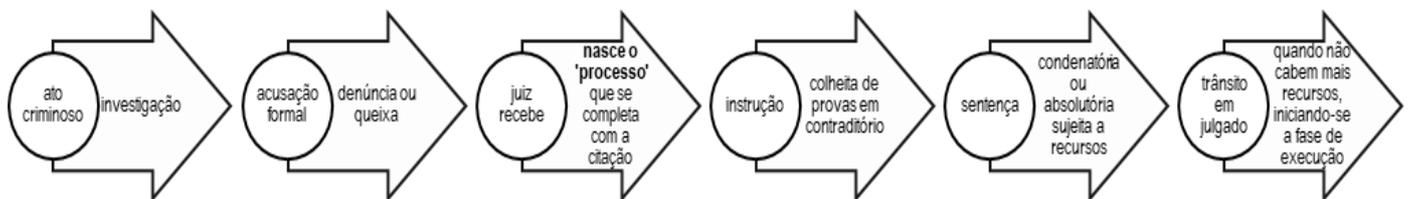
Formais: lei ordinária na maior parte dos casos; também lei complementar, emendas, normas constitucionais, costume (para parte da doutrina), princípios gerais do direito, jurisprudência.

11.3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Acusatório, inquisitório e misto são tipos históricos, categorias de criação doutrinária, não existe sistema 'puro'.

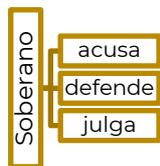
Pressuposto estrutural lógico é a acumulação ou não das funções processuais.

Classificar qual fase da **persecução penal**?



Daí a divergência na doutrina (critérios e objetos diferentes de classificação).

Sistema inquisitório:

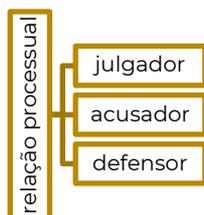


autoridade

No processo inquisitório o réu não é visto como parte, como sujeito da relação processual, com direitos e garantias individuais – está muito mais para um objeto (de onde toda a verdade deveria ser extraída) ou algo que está à mercê do processo, das provas, dos atos e das decisões da

O processo inquisitivo nasceu no seio da Igreja Católica que viu seus interesses ameaçados com o surgimento de seitas religiosas que representavam uma ameaça ao seu poder, criando a necessidade de organismos de repressão. Entrou em declínio com a Revolução Francesa.

Sistema acusatório:



- *actum trium personarum*
- *ne procedat iudex ex officio*
- separação de funções

INQUISITÓRIO	ACUSATÓRIO
acumulação de funções	separação de funções
gestão da prova nas mãos do Estado	gestão da prova nas mãos das partes
sem contraditório	com contraditório
preponderância da vontade soberana	igualdade das partes (acusação x defesa)
desequilíbrio na relação (réu x Estado)	paridade de armas, equilíbrio, isonomia
início oficioso do processo	<i>ne procedat iudex ex officio</i> , inércia jurisdicional
acusado sem mecanismos de contraposição no processo, sem dialética	bilateralidade de audiência, com efetiva possibilidade de intervenção pelas partes
normalmente secreto e escrito	normalmente público e oral
acusado como objeto de prova	réu como sujeito de direitos
réu potencialmente culpado	réu presumidamente inocente
réu deve demonstrar sua inocência	ônus da prova para a acusação
sistema tarifado de provas	sistema de livre convencimento
confissão como 'rainha das provas'	equivalência entre as provas

Sistema misto: composto por duas fases, uma inquisitória e outra acusatória:

11.4 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL

Mandamentos nucleares, regras fundantes, proposições constitutivas de um sistema.

Postulados fundamentais da política processual penal de um Estado.

Podem estar explícitos ou implícitos, concebidos na Constituição, nas leis infraconstitucionais e nos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem natureza supralegal ou materialmente constitucional; suas normas não são formalmente constitucionais justamente porque não foram aprovadas pelo quórum qualificado previsto para as emendas. Assim, qualquer norma infraconstitucional que com ela conflite não mais poderá ter aplicação.



Presunção de inocência: CF, art. 5º - LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; CADH, art. 8º, item 2 - Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.



Princípio com um fundamento político, fruto de uma evolução da sociedade e uma conquista da civilização; se traduz na opção do risco de se ver absolvido um culpado, relativamente à eventualidade de se condenar inocentes, ainda que o número daqueles seja superior ao destes.

Duas regras fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento.

Regra probatória = *in dubio pro reo*.

Regra de tratamento = réu ser tido como inocente durante a persecução penal, em relação a todas as medidas que sejam tomadas.

Em regime de repercussão geral, foi reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Contraditório: CF, art. 5º - LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Na CADH: “toda pessoa tem direito de ser ouvida [...] na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela”.

* Ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los.

* Direito à participação.

* Modernamente: relacionado à paridade de armas.



Ampla defesa: conjugação de 3 realidades – direito de informação, bilateralidade da audiência, direito de acesso e produção de provas.

Relação estreita com o contraditório (enquanto informação); este que viabiliza a ampla defesa.

Em função desse princípio, admite-se o tratamento desigual do acusado em relação à acusação.



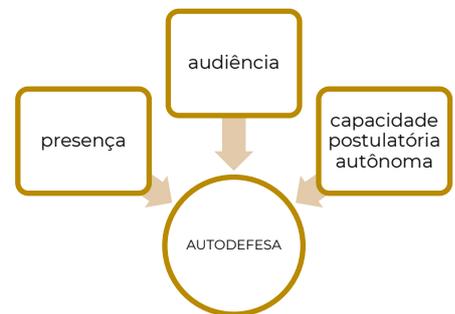


Autodefesa = exercida pelo próprio acusado, nas oportunidades que tem para se manifestar, em especial no interrogatório. Renunciável.

Defesa técnica = exercida por profissional habilitado, com capacidade postulatória (advogado) – indeclinável (art. 261, CPP).

Réu tem a prerrogativa de escolha do seu advogado; pode, a qualquer tempo, contratar um e o juiz não pode nomear sem que antes ele tenha tido oportunidade de constituir (Súmulas 707 e 708/STF). É a omissão do acusado que abre espaço para a atuação do juiz.

Súmula 523: no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.



Súmula Vinculante 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.



Publicidade: CF, art. 5º, LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

CF, art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos.

CPP, art. 792 – As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos.

Afastamento da publicidade somente por conta da intimidade ou do interesse social, da justiça, desde que não prejudique o interesse público à informação.

Busca da verdade real: não tem previsão normativa expressa e específica. Seria o inverso da *verdade formal*.



Ideia é a de que o processo penal não pode admitir ou se contentar apenas com a verdade 'processualizada', mas deve almejar que os autos sejam o melhor espelho possível em relação ao fato ocorrido no munda da vida.

Juiz não deve ser mero espectador do processo.

Ocorre quando a atividade investigatória/instrutória não é limitada pelo material apresentado pelas partes.

Provas buscadas deverão ser legais e moralmente admitidas.

Doutrina mais garantista critica, pressupondo perda da imparcialidade do juiz e violação ao sistema acusatório.

Inadmissibilidade das provas ilícitas: CF, art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

CPP: art. 157 - são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

Tema será retomado em outro momento.

Juiz natural: CF, art. 5º: XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Tema será retomado em outro momento.

Nemo tenetur se detegere: base normativa implícita no direito de permanecer calado, concebido na CF, e na não obrigatoriedade de depor contra si mesmo (previsto em pactos internacionais).

Jurisprudência e doutrina ainda identificam relação com o princípio do devido processo legal, da presunção de inocência (que teria como pressuposto a condição de a carga probatória recair sobre a acusação), da ampla defesa (a não-incriminação seria uma modalidade de autodefesa passiva, por inatividade, e, até mesmo, com o direito à intimidade e a garantia da dignidade humana.

O direito ao silêncio pode ser compreendido como uma das possibilidades de manifestação da *não autoincriminação*.





Prerrogativa de se autodefender passivamente, sem nada ter de fazer (ato comissivo).

Socorre a todos (direito público subjetivo) que, objetivamente, possam se autoincriminar – não somente aos réus e indiciados.

Confere garantias:

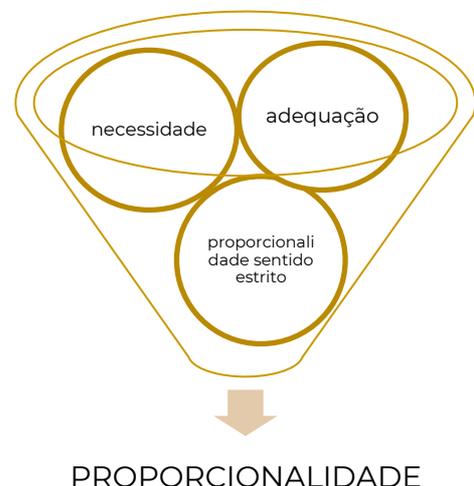
- direito ao silêncio e de não confessar;
- não praticar comportamento ativo incriminador;
- não produzir prova invasiva.

O exercício desse direito não implica crime e não pode resultar em presunção de culpa e gravame processual algum.

Proporcionalidade: não tem previsão expressa na CF. Decorre do Estado de Direito, do devido processo legal em sentido substancial, da própria estrutura dos direitos fundamentais, do caráter objetivo dos direitos humanos, da equidade, dentre outros postulados jurídicos.

‘Termômetro axiológico acerca da justiça das regras de direito’.

‘Superprincípio’ balizador de medidas do Poder Público, nas mais diversas áreas.



Requisitos ou subprincípios da razoabilidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Enfoque positivo – proíbe o excesso.

Enfoque negativo – veda a proteção deficiente.

11.5 LEI PROCESSUAL NO ESPAÇO

Regra geral: CPP, art. 1º - O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro.

Somente se aplica o nosso processo penal em sede de jurisdição brasileira.



A possibilidade de aplicação da lei processual de um Estado dentro dos limites territoriais de outro representaria, de certa forma, afronta à soberania.

Em relação às leis processuais, nenhuma dificuldade: aplica-se, por óbvio, o princípio da territorialidade. As hipóteses de extraterritorialidade constituem matéria de Direito Penal, conforme previsto no art. 7º de nosso Código Penal.

11.6 LEI PROCESSUAL NO TEMPO

CPP, art. 2º - A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

“Tempus regit actum” (o tempo rege o ato), a traduzir que o ato processual será disciplinado pela lei vigente ao tempo da sua realização – independentemente de ela ser melhor ou pior aos interesses do acusado.

Toma-se em conta o momento da prática do ato processual; ao contrário da lei penal material, que leva em conta o tempo do crime (*tempus delicti*).

Os princípios e as regras de regência são distintos de acordo com a natureza da norma. Se for de direito material: *tempus delicti* e retroagirá para beneficiar o réu; se for de direito processual: *tempus regit actum* e não retroagirá.

Existe controvérsia sobre os critérios a serem adotados para definir a natureza das normas (normas genuinamente processuais x normas processuais mistas/híbridas).

Normas heterotópicas: normas que estão num código, mas o seu conteúdo é de outro (p.ex. uma norma de direito material que esteja no CPP).

11.7 INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL

 LEIS PROCESSUAIS admitem analogia e interpretação extensiva	LEIS PENAS não admitem analogia e interpretação extensiva para incriminar o réu (legalidade estrita)
--	---

CPP, art. 3º - A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Analogia: forma de autointegração das normas, consistente em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante.

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

FIM da nossa aula inaugural (aula 00). Analisamos a parte inicial da ciência do processo penal, seus princípios e concepções fundamentais, sobremaneira importantes para a compreensão dos demais temas e assuntos que serão abordados nas outras aulas.

Não é fácil prender a atenção do leitor em temas propedêuticos, espero que tenhamos conseguido. E se for assim, acreditamos que nas próximas aulas teremos uma 'sintonia fina', na medida em que a matéria ganha contornos essencialmente pragmáticos e ao tempo em que cuidaremos de assuntos realmente instrumentais⁹. Vamos 'pôr a mão na massa' (como se diz) daqui para frente!

O intuito com essa aula, para além de conferir os ensinamentos introdutórios do processo penal, é mostrar nosso trabalho, a dinâmica e a padronização adotadas - deixá-lo seguro em relação ao que está por vir.

Estamos à disposição! Qualquer dúvida, crítica ou sugestão, estaremos no *fórum de dúvidas* e também poderemos manter contato por *e-mail*. Até a próxima!

⁹ Confesso minha preferência pessoal em relação a eles...



ESSA LEI TODO MUNDO CONHECE: PIRATARIA É CRIME.

Mas é sempre bom revisar o porquê e como você pode ser prejudicado com essa prática.



1 Professor investe seu tempo para elaborar os cursos e o site os coloca à venda.



2 Pirata divulga ilicitamente (grupos de rateio), utilizando-se do anonimato, nomes falsos ou laranjas (geralmente o pirata se anuncia como formador de "grupos solidários" de rateio que não visam lucro).



3 Pirata cria alunos fake praticando falsidade ideológica, comprando cursos do site em nome de pessoas aleatórias (usando nome, CPF, endereço e telefone de terceiros sem autorização).



4 Pirata compra, muitas vezes, clonando cartões de crédito (por vezes o sistema anti-fraude não consegue identificar o golpe a tempo).



5 Pirata fere os Termos de Uso, adultera as aulas e retira a identificação dos arquivos PDF (justamente porque a atividade é ilegal e ele não quer que seus fakes sejam identificados).



6 Pirata revende as aulas protegidas por direitos autorais, praticando concorrência desleal e em flagrante desrespeito à Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98).



7 Concurseiro(a) desinformado participa de rateio, achando que nada disso está acontecendo e esperando se tornar servidor público para exigir o cumprimento das leis.



8 O professor que elaborou o curso não ganha nada, o site não recebe nada, e a pessoa que praticou todos os ilícitos anteriores (pirata) fica com o lucro.



Deixando de lado esse mar de sujeira, aproveitamos para agradecer a todos que adquirem os cursos honestamente e permitem que o site continue existindo.