Estratégia Concursos

Aula 00

Direito Processual Penal p/ DPE-CE (Defensor Público) - 2021 - Pré-Edital

Autor:

Leonardo Ribas Tavares

10 de Janeiro de 2021

Sumário

0. Apresentação do Curso 4
0.1 Apresentação pessoal 5
0.2 Metodologia do Curso 6
0.3 Cronograma de aulas 9
1. Introdução 10
1.1 Processo e Direito Processual Penal 10
Doutrina complementar 16
2. Fontes 17
2.1 Fontes materiais 18
2.2 Fontes formais 21
Doutrina complementar 25
Jurisprudência pertinente 27
3. Sistemas processuais penais 28
3.1 Sistema inquisitorial/inquisitório/inquisitivo 30
3.2 Sistema acusatório 31
3.3 Sistema misto / francês / acusatório formal 32
3.4 Sistema brasileiro 33
Doutrina complementar 35
Jurisprudência pertinente 37
4. Princípios fundamentais do processo penal 39
4.1 Presunção de inocência ou da não culpabilidade 41
4.1.1 Regra probatória 43
4.1.2 Regra de tratamento 44
4.1.3 Execução da pena antes do trânsito em julgado 46
Doutrina complementar 57
Jurisprudência pertinente 63
4.2 Princípio do contraditório 64
Doutrina complementar 66
4.3 Princípio da ampla defesa 67
4.3.1 Defesa técnica 70
4.3.2. Defesa pessoal / autodefesa / defesa material ou genérica 72
Doutrina complementar 74
Jurisprudência pertinente 75
4.4 Princípio da publicidade 76
Doutrina complementar 79
Jurisprudência pertinente 80
4.5 Princípio da busca da verdade real 81
Doutrina complementar 85
Jurisprudência pertinente 86
4.6 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas 86

Doutrina complementar 87
Jurisprudência pertinente 88
4.7 Princípio do juiz natural 92
Doutrina complementar 92
Jurisprudência pertinente 93
4.8 Princípio contra a autoincriminação 95
4.8.1 Direito ao silêncio 98
4.8.2 Prerrogativa de não praticar comportamento ativo incriminador 100
4.8.3 Prerrogativa de não produzir prova incriminadora invasiva 101
4.8.4 Etilômetro provas e penalidades nos crimes de trânsito 102
4.8.5 Consequências do exercício do direito e a prática de outros crimes 104
Doutrina complementar 104
Jurisprudência pertinente 105
4.9 Princípio da proporcionalidade 111
Doutrina complementar 115
Jurisprudência pertinente 117
5. Comparativo de princípios, direitos e garantias individuais 118
Doutrina complementar 123
6. Lei processual penal no espaço 126
Doutrina complementar 128
Jurisprudência pertinente 129
7. Lei processual penal no tempo 129
7. 1 Definição da natureza das normas processuais 132
7.1.1 Normas processuais heterotópicas 133
Doutrina complementar 134
Jurisprudência pertinente 135
8. Interpretação da lei processual penal 137
8.1 Interpretação extensiva 137
8.2 Analogia 138
Doutrina complementar 141
Jurisprudência pertinente 144
9. Referências bibliográficas 145
10. Questões 147
10.1 Questões comentadas 147
10.2 Questões sem comentários 169
10.3 Gabarito 179
11. Resumo 180
11.1 Processo e Direito Processual Penal 180
11.2 Fontes 181
11.3 Sistemas processuais penais 181
11.4 Princípios fundamentais do processo penal 182

11.5 Lei processual no espaço 186
11.6 Lei processual no tempo 187
11.7 Interpretação da lei processual penal 187
12. Considerações finais 188

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 (Magistratura estadual e federal, Ministério Público, Defensorias, Procuradorias, Polícias Civil e Federal).

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 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 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 aquele 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, Facebook e Telegram:

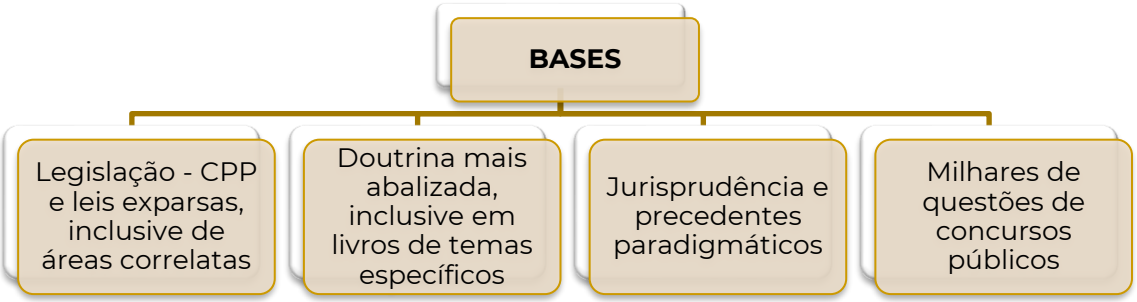
Instagram: **@prof.leotavares**

Facebook: **https://www.facebook.com/prof.leotavares**

Telegram: **https://t.me/processopenal**

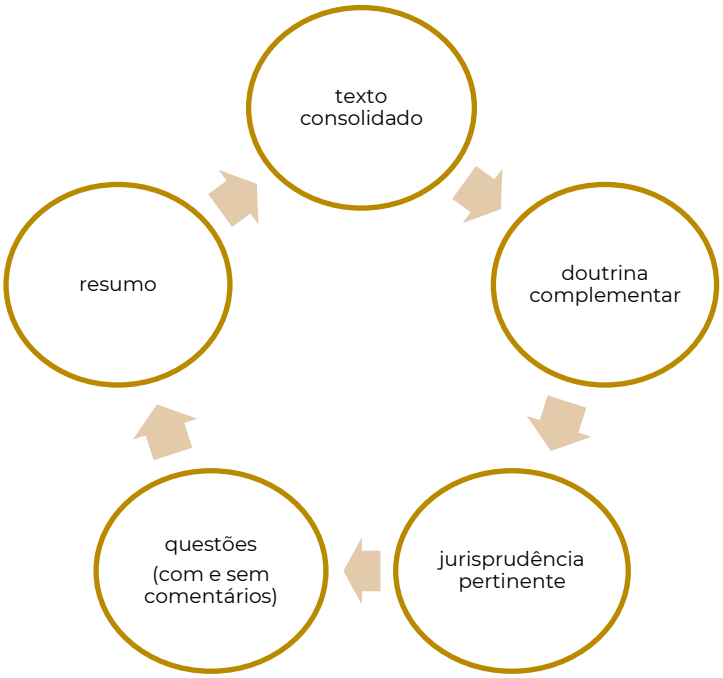
0.2 METODOLOGIA DO CURSO

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 (ele 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 necessárias[1] (para evitar o congestionamento de informações) e levará os destaques pertinentes para facilitar a leitura e chamar a sua atenção para os pontos importantes[2]. Em outras palavras: a fidelidade será absoluta com o conteúdo dos ensinamentos dos doutrinadores, com os termos utilizados[3], 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 *Instagram* também. Aliás, temos um canal do *Telegram* que usamos para mandar materiais exclusivos, dicas, orientações etc. 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.

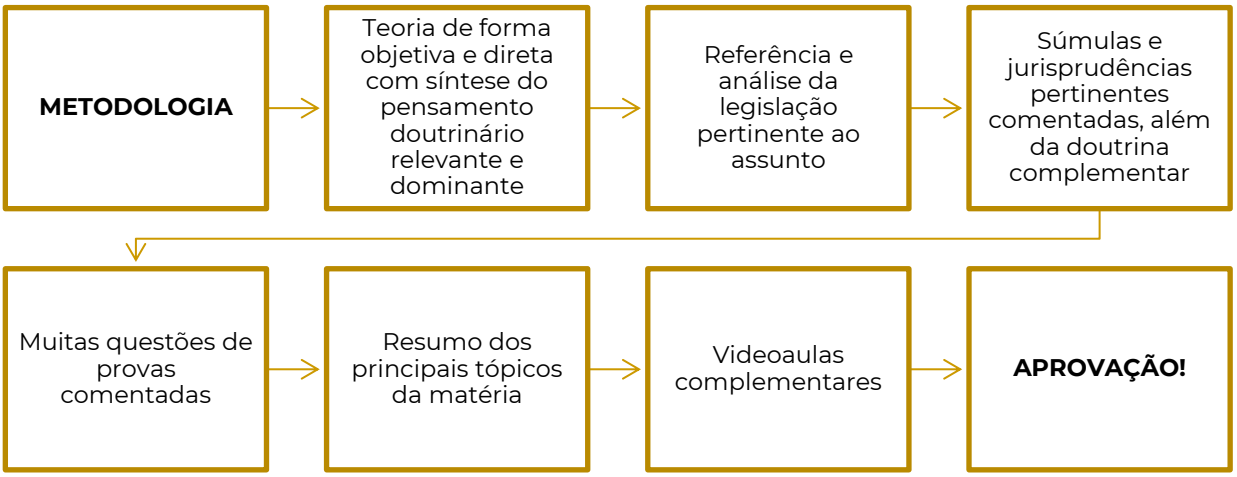
---

[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, ou mesmo em quadros destacados.

Assim, cada aula será estruturada do seguinte modo:



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 localizarão 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 ideal, mas você pode fazer isso sempre que perceber que está familiarizado com o tema estudado e sentir segurança no aprendizado. O material permite que você mesmo o 'filtre', na medida do seu tempo e base teórica. Essa dica é importante, LEMBRE disso! Vamos lá!

0.3 CRONOGRAMA DE AULAS

Vejamos a distribuição das aulas:

AULA	CONTEÚDO	VÍDEOS	DATA
Aula 00	Introdução. [Fontes. Sistemas processuais penais. Princípios fundamentais. Lei processual penal no espaço e no tempo. Interpretação da lei processual penal].	Com aula em vídeo	10-01-2021
Aula 01	Investigação e inquérito policial.	Com aula em vídeo	17-01-2021
Aula 02	Ação penal e Ação civil *ex delicto*.	Com aula em vídeo	24-01-2021
Aula 03	Jurisdição e competência.	Com aula em vídeo	31-01-2021
Aula 04	Teoria geral das provas.	Com aula em vídeo	07-02-2021
Aula 05	Meios de prova e provas em espécie.	Com aula em vídeo	14-02-2021
Aula 06	Medidas cautelares pessoais.	Com aula em vídeo	21-02-2021

Aula 07	Introdução prisões e Prisão em flagrante.	Com aula em vídeo	07-03-2021
Aula 08	Prisão preventiva.	Com aula em vídeo	14-03-2021
Aula 09	Prisão temporária e liberdade provisória.	Com aula em vídeo	21-03-2021
Aula 10	Questões e processos incidentes.	Com aula em vídeo	28-03-2021
Aula 11	Sujeitos do processo e Comunicação dos atos processuais.	Com aula em vídeo	04-04-2021
Aula 12	Processo e procedimento (parte 1 – ordinário/sumário).	Com aula em vídeo	11-04-2021
Aula 13	Processo e procedimento (parte 2 – sumaríssimo).	Com aula em vídeo	18-04-2021
Aula 14	Processo e procedimento (parte 3 – especial/júri).	Com aula em vídeo	25-04-2021
Aula 15	Sentença penal e coisa julgada.	Com aula em vídeo	02-05-2021
Aula 16	Nulidades.	Com aula em vídeo	09-05-2021
Aula 17	Teoria geral dos recursos.	Com aula em vídeo	16-05-2021
Aula 18	Recursos em espécie.	Com aula em vídeo	23-05-2021
Aula 19	Ações autônomas de impugnação.	Com aula em vídeo	30-05-2021

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. 3° 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.

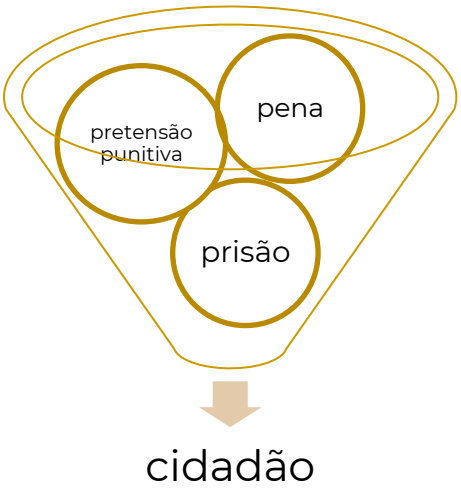
Todavia, quando se fala das finalidades, das funções ou da 'razão de ser' do processo penal, é importante compreender as diferenças e as impropriedades entre essas áreas do Direito (criminal e cível). Lembre-se, sempre, que o processo penal cuida, regra geral, de direitos indisponíveis, não particulares, 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. 5° 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.

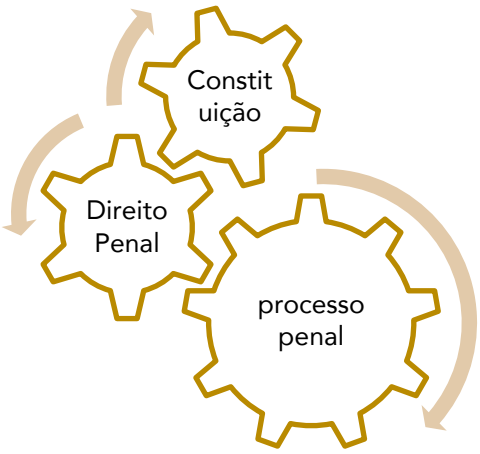
É importante que se compreenda essas garantias como uma opção do constituinte e, mais que isso, como uma opção inderrogável. Elas estão na Constituição, muitas delas no art. 5°, em *cláusulas pétreas*, de maneira que é improdutivo questionar a sua aplicação; quando muito é possível interpretá-las e ajustá-las.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

> § 2° 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**.
>
> § 3° 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 Direto Processual Penal e o processo penal, é comum a referência, nos mais variados autores, ao brocardo latino ***nulla poena sine judicio*** (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, <u>pena e processo</u>, 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.

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!

Doutrina complementar

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*Processo penal*, vol. 1, 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47): "Direito Processual Penal, na lição de Beling, é aquela parte do Direito que regula a atividade tutelar do Direito Penal. [...] É de observar que o Direito Processual Penal compreende também a persecução fora do juízo, e, por isso, preferimos conceituá-lo como Frederico Marques: 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 da persecução penal".

GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*Manual de processo penal e execução penal,* 8ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 79): "Cometida a infração penal, nasce para o Estado o direito-dever de punir (pretensão punitiva), consubstanciado na legislação material, com alicerce no direito fundamental de que *não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine*. O Direito Penal, que forma o corpo de leis voltado à fixação dos limites do poder punitivo estatal, somente se realiza, no Estado Democrático de Direito, através de regras previamente estabelecidas, com o fim de cercear os abusos cometidos pelo Estado, que não são poucos. Portanto, o Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto. Na visão de Rogério Lauria Tucci, correspondendo 'à instrumentalização da jurisdição, ou seja, da *ação judiciária*, em que se insere *ação das partes*, apresenta-se o *processo penal* como um conjunto de atos que se realizam sucessivamente, preordenados à solução de um conflito de interesses de alta relevância social. A regulamentação desses atos, integrantes do procedimento em que ele se materializa, encontra-se estabelecida nas leis processuais penais, aliás, com muita propriedade' (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, p. 32-33). [...] Considerando-se que, no direito constitucional brasileiro, prevalece a meta de cumprir e fazer cumprir os postulados do Estado democrático de Direito, necessita-se captar as principais características dos direitos e garantias humanas fundamentais, aplicando-se cada uma das que se ligam à matéria processual penal ao direito infraconstitucional, previsto no Código de Processo Penal, que, à luz da Constituição de 1988, deve necessariamente adaptar-se". Sintetiza da seguinte forma – "**Direito Processual Penal**: é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular a persecução penal do Estado, através de seus órgãos constituídos, para que se possa aplicar a norma penal, realizando-se a pretensão punitiva no caso concreto. **Processo penal democrático**: cuida-se da visualização do processo penal a partir dos postulados estabelecidos pela Constituição Federal, no contexto dos direitos e garantias humanas fundamentais, adaptando o Código de Processo Penal a essa realidade, ainda que, se preciso for, deixe-se de aplicar a legislação infraconstitucional defasada e, por vezes, nitidamente inconstitucional".

AURY LOPES JR. (*Direito processual penal*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016): "Existe uma íntima relação e interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal (ou, se preferirem, são as regras do jogo, se pensarmos no célebre trabalho *Il processo come giuoco* de CALAMANDREI). Esse é o núcleo conceitual do '**Princípio da Necessidade**'. [...] O Princípio da Necessidade também demarca o (primeiro) ponto de ruptura do processo penal com o processo civil, evidenciando mais uma vez o equívoco da 'teoria geral do processo'. O Direito Penal, contrariamente ao Direito Civil, não permite, em nenhum caso, que a solução do conflito – mediante a aplicação de uma pena – se dê pela via extraprocessual. 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, carnelutianamente 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".

HIDEJALMA MUCCIO (*Curso de processo penal*, vol. 1, 1ª ed., São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 47): "O Direito Processual Penal constitui ciência autônoma; contudo, é instrumental. [...] Não se vincula ao Direito Penal nem este depende dele. [...] Os princípios do *nulla poena sine judice* e *nulla poena sine judicio* impedem que o Estado auto-aplique a *sanctio juris* ao infrator, o que só será possível por sentença de um Juiz e de acordo com o *due process of law* (devido processo legal). [...] Seria iníquo o Direito Penal não houvesse o Direito Processual Penal para materializá-lo. De outro lado, se inexistisse o Direito Penal, inexistiria, também, o Direito Processual Penal, que não teria razão de ser".

EDILSON MOUGENOT BONFIM (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012): "O processo penal é o instrumento do Estado para o exercício da jurisdição em matéria penal. O direito processual penal, portanto, pode ser definido como o ramo do direito público que se ocupa da forma e do modo (i.e.: o processo) pelos quais os órgãos estatais encarregados da administração da justiça concretizam a pretensão punitiva, por meio da persecução penal e consequente punição dos culpados".

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, §§ 1° e 3°). 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.
>
> § 1° 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.

§ 1° 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.

§ 2° 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.

§ 3° 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.
>
> § 1° 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. 5°, 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. 5°, LXIII), da liberdade provisória (art. 5°, 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. 5°:

> § 2° 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.
>
> § 3° 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.°, § 2.°) ou material e formalmente constitucionais (art. 5.°, § 3.°) 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.°), 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.°, 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** contitui, 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 [que algumas vezes o STF admitiu].

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, § 1° 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.

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 *correição 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 *correição 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 correição 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 correições 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 correição 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, § 3°, "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.

Doutrina complementar

RENATO MARCÃO (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017): "[...] interessa-nos para o momento o sentido de fonte como aquilo de onde se origina um preceito jurídico; o manancial de onde provém a regra jurídica. Objetivamente, fonte indica o local onde encontramos o direito aplicável na solução de uma controvérsia".

EDILSON MOUGENOT BONFIN (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012): "O termo 'fonte' tem sua raiz etimológica nos vocábulos latinos *fontanus, fons, fontis*, palavra de origem religiosa significando nascente ou manancial (*fonts*). A teoria das fontes do direito, assim, busca responder à questão acerca da origem das normas que integram o ordenamento jurídico".

Fontes materiais:

NORBERTO AVENA (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017): "No âmbito do direito processual penal, fonte material por excelência é a *União*, já que o art. 22, I, da CF estabelece a ela competir, privativamente, a disciplina dessa ordem de matéria. Note-se, porém, que os *Estados*,

excepcionalmente, podem criar leis que tratem de questões específicas de processo penal, desde que haja autorização da União por meio de Lei Complementar, conforme dispõe o art. 22, parágrafo único, da CF. Isto ocorre porque a *competência privativa*, ao contrário da *competência exclusiva*, pode ser delegada. Reforçando a afirmação de que a *União Federal* não é a única fonte material de direito processual penal, estabelece, ainda, o art. 24 da CF que lhe compete, bem como aos *Estados* e ao *Distrito Federal*, legislar, concorrentemente, entre outras vertentes, sobre: ***Direito penitenciário (inciso I):*** [...] Logo, o que se autoriza por meio do art. 24, I, da CF é que normas estaduais disciplinem questões relativas à organização e ao funcionamento dos estabelecimentos prisionais, bem como sobre assuntos que a lei federal tenha reservado à complementação por lei estadual. É o caso, por exemplo, do regime disciplinar diferenciado, que poderá ser regulamentado pelos Estados e pelo Distrito Federal, nos termos e limites estabelecidos pelo art. 5. ° da Lei (federal) 10.792/2003. ***Procedimentos em matéria processual (inciso XI):*** Em razão da amplitude do dispositivo, é preciso cautela na respectiva interpretação, de forma a harmonizá-la com o art. 22, I, da *Lex Fundamentalis. Em verdade, no tocante à disciplina de procedimentos em matéria processual, a competência concorrente que se visualiza entre a União, Estados-membros e Distrito Federal é, unicamente, aquela que visa a preencher lacunas deixadas pela legislação federal, sempre que atendidas as normas gerais por esta impostas"*.

Edilson Mougenot Bonfin (*Curso de processo penal,* 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012): "Em *sentido subjetivo*, fala-se em fonte material para designar a entidade que cria o direito. No caso do direito processual, a *União é a única fonte material*, já que é a única entidade dotada de poder para a criação de normas que o disciplinem (art. 22, I, da CF). No entanto, a competência da União é privativa – e não exclusiva –, de modo que, excepcionalmente, poderá a lei estadual versar, através de lei complementar, sobre questões atinentes à matéria processual penal, de acordo com a permissividade contida no art. 22, parágrafo único, da Constituição Federal. Já em *sentido objetivo*, as fontes materiais ou substanciais abrangem certos *elementos históricos e racionais que determinam a elaboração e o conteúdo de uma norma jurídica*. São, em última análise, as razões pelas quais o Estado elabora determinadas normas jurídicas. Extremamente variáveis (incluem a moral, os costumes, a necessidade diante de determinado evento histórico), são de teor próprio, a serem estudadas no campo da sociologia".

Fernando Capez (*Curso de processo penal,* 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018): "É o Estado. Compete privativamente à União legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). Lei complementar federal pode autorizar os Estados a legislar em processo penal, sobre questões específicas de interesse local (cf. art. 22, parágrafo único, da CF)".

Fontes formais:

Renato Marcão (*Curso de processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017): "As fontes formais se subdividem em *(1) imediatas ou diretas* e *(2) mediatas ou indiretas*. ***Fontes formais imediatas ou diretas*** são as espécies normativas: lei ordinária; lei complementar e emenda à Constituição. Aqui também se inserem os tratados e as convenções de que o Brasil é signatário. [...] A lei, a seu turno, é a principal fonte de direito, o que se evidencia claramente no Código de Processo Penal, no Código de Processo Penal Militar e em leis extravagantes também dotadas de regras processuais, tal como se verifica, por exemplo, no art. 48 e seguintes da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006). São ***fontes formais mediatas ou indiretas***: os costumes e os princípios gerais de direito. *Costume* é a prática reiterada de determinada conduta revestida da aparência de obrigatoriedade, que em razão dessa mesma reiteração e adequação ao sistema termina por ingressar informalmente no ordenamento. [...] Os *princípios gerais de direito* são postulados gerais e genéricos que podem ser extraídos do ordenamento jurídico, calcados em premissas éticas e valorativas, compatíveis com o senso comum e com o sistema normativo vigente".

Nestor Távora (*Curso de direito processual penal*, 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016), ao também dividir as fontes formais em diretas e indiretas, faz as seguintes ponderações: "**Fonte formal ou de cognição**: é aquela que revela a norma. **b.1) imediata ou direta**: leis e tratados (art. 5°, §§ 2° e 3°, e art. 22, I, CF/1988). É aquela que revela a norma. [...] **b.2) mediatas, indiretas ou supletivas:** desdobram-se em costumes e princípios gerais do direito. **– costumes** (art. 4°, da LINDB): é o que se costuma chamar de praxe forense. É uma regra de conduta praticada de modo geral, constante e uniforme, com a consciência de sua obrigatoriedade. É justamente a consciência da obrigação de cumprimento que diferencia o costume do mero hábito. Os costumes classificam-se em: ***secundum legem***: ratificam e sedimentam o disposto em lei; ***praeter legem***: viabilizam a supressão de lacunas na lei; ***contra legem***: são aqueles que contrariam a

lei. Em outras palavras, o costume passa a considerar a lei revogada. Lembre-se, contudo, que o costume, apesar da classificação esboçada, não tem o condão de revogar dispositivos legais. **– princípios gerais do direito** (art. 3º, CPP): são premissas éticas extraídas da legislação e do ordenamento jurídico em geral. São estabelecidos de acordo com a consciência ética do povo".

NORBERTO AVENA (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017): "**Fontes formais imediatas ou diretas**: São as leis. Ao nos referirmos à lei como a primaz fonte formal do direito, estamos empregando a palavra na sua acepção mais ampla, abrangendo, destarte, todo e qualquer dispositivo editado pelo poder público, entre os quais: – *A Constituição Federal*; – *A legislação infraconstitucional*; – *Os tratados, convenções e regras de direito internacional.* [...] **Fontes formais mediatas ou indiretas**: Compreendem os *princípios gerais de direito, a analogia, os costumes, a doutrina, o direito comparado e a jurisprudência.* – *A doutrina*: consiste na opinião manifestada pelos operadores do direito ou estudiosos sobre determinado tema. – *Os princípios gerais de direito:* exteriorizam-se, muitas vezes, por meio dos brocardos jurídicos, *v.g.*, 'o direito não socorre aos que dormem"; "a ninguém é lícito alegar sua própria torpeza'; 'o réu não poderá ser obrigado à autoincriminação"; 'ouça-se também a outra parte'; 'o juiz conhece o direito' etc. Trata-se, enfim, de regras que, apesar de não estarem escritas, mostram-se presentes e informam o sistema jurídico. – *O direito comparado*: embora, normalmente, não possuam aplicação no território brasileiro, as normas jurídicas existentes em outras nações fornecem, em muitos casos, subsídios importantes para a solução de problemas comuns a vários países, inclusive inspirando a produção de leis sobre assuntos específicos. – *A analogia:* consiste em estender a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro, desde que em igualdade de condições. Justifica-se o seu uso uma vez que, em face da infinidade de condutas humanas, jamais será possível ao ordenamento jurídico estabelecer uma previsão normativa que discipline e esgote cada uma delas. [...] – *Os costumes*: são regras de conduta reiterada (elemento externo), às quais se agrega uma consciência de obrigatoriedade (elemento interno). No direito processual penal, os costumes são denominados de 'praxe forense'. [...] – *A jurisprudência*: é o entendimento consubstanciado em decisões judiciais reiteradas sobre um determinado assunto. Embora se trate de importante fonte de direito, é inegável que, em muitos casos, a divergência de tratamento conferida pelos Tribunais sobre um mesmo tema é fator de insegurança jurídica".

FERNANDO CAPEZ (*Curso de processo penal,* 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018), a respeito dos costumes e princípios gerais do Direito, assevera: "**Costume**. Conjunto de normas de comportamento a que as pessoas obedecem de maneira uniforme e constante, pela convicção de sua obrigatoriedade jurídica. Distingue-se do hábito porque neste não há a convicção da obrigatoriedade jurídica. [...] O costume nunca revoga uma lei, em face do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Princípios gerais do direito**. Postulados gerais que se fundam em premissas éticas extraídas do material legislativo. São axiomas fundamentais ou generalíssimos, que conferem fisionomia, unidade e validade a todo um sistema jurídico".

Jurisprudência pertinente

Supremo Tribunal Federal

PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO ALCATEIA. INVESTIGAÇÕES TELEFÔNICAS. LEI N. 9.296/1995. REQUISITOS DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. POSSÍVEIS ILÍCITOS PERPETRADOS POR AUDITORES FISCAIS. INCOLUMIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO. SUPOSTA EXTEMPORANEIDADE PARA IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIDA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES. POSSIBILIDADE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO IMPROVIDO. [...] 3. Suposta extemporaneidade para a concretização da medida. Ausência de previsão legal que verse sobre o prazo inicial à implementação das providências interceptivas tão logo emane a ordem judicial autorizando-a. 4. Em vista dessa omissão legislativa, **devemos nos socorrer, à luz do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, respectivamente. Nessa esteira, inviabilizados os dois primeiros institutos, nos escoraremos no princípio da proporcionalidade**, [...] (RHC 74.187/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 13/10/2017)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. **LEI ESTADUAL QUE DISPÕE SOBRE JUIZADOS ESPECIAIS. INTRODUZ NOVAS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ARTIGO 28 DO CPP. MATÉRIA DE DIREITO PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO**, CF, ART. 22, I. PRECEDENTES. LIMINAR DEFERIDA. (ADI 2257 MC, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 14/02/2001, DJ 06-04-2001 PP-00065 EMENT VOL-02026-03 PP-00510)

Superior Tribunal de Justiça

"HABEAS CORPUS" - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - VEREADOR - FORO PRIVILIGIADO - CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO. 1. **Não é possível o estabelecimento de foro privilegiado a vereador por legislador estadual, uma vez que a Constituição Federal não autoriza elaborar leis sobre matéria de competência processual-penal**. 2. "Habeas corpus" conhecido. Pedido indeferido (HC 11.939/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, Rel. p/ Acórdão Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2000, DJ 23/10/2000, p. 151)

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.

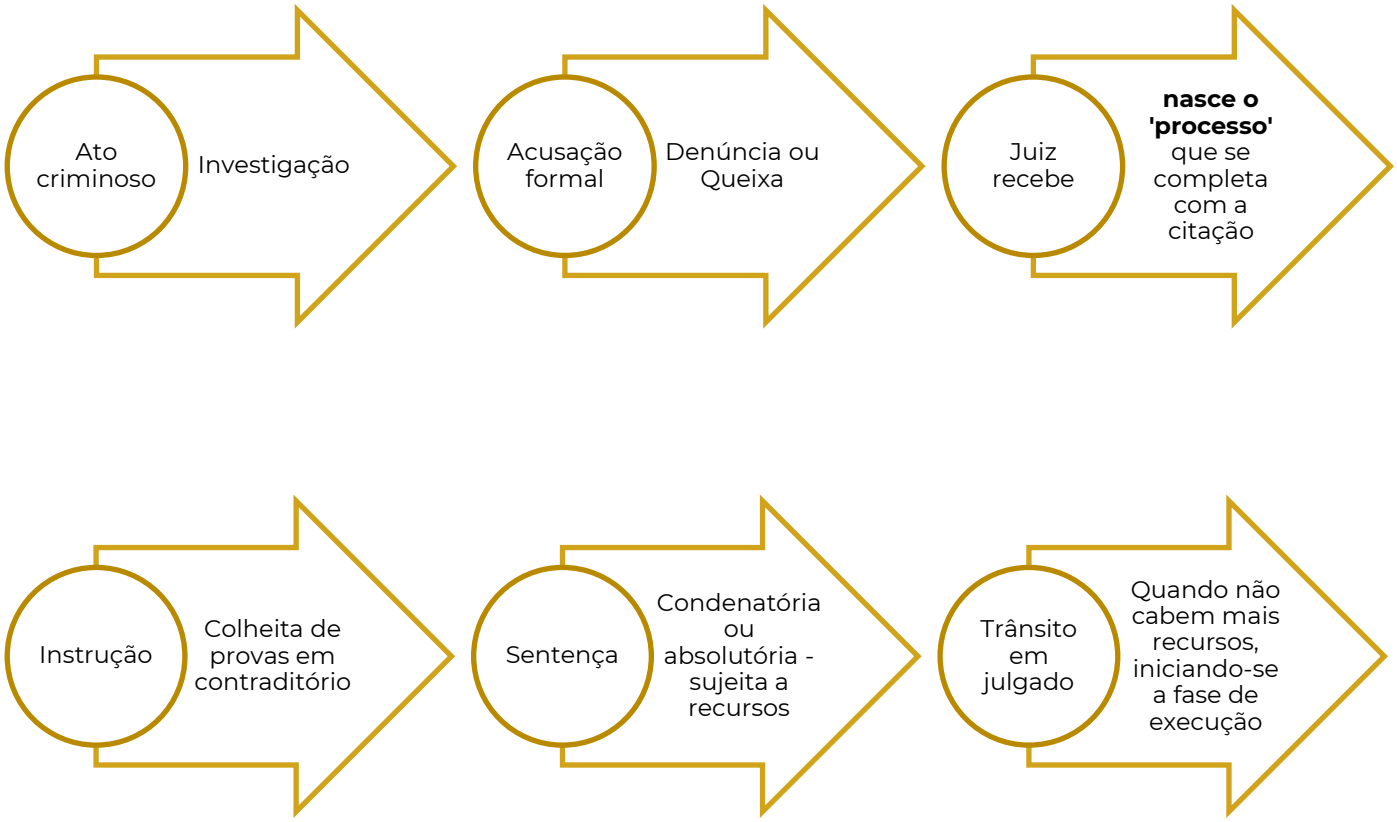
Importante pontuar, de início, que não se conhece, na atualidade, nenhum sistema 'puro' (que não tenha nenhuma característica ou instituto jurídico que remeta a outro sistema), razão pela qual essa categorização deve tomar em conta a preponderância de determinadas características inatas, preponderantes, 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.

Cumpre 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).



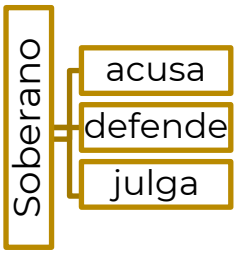
A representação gráfica acima mostra o que se conhece como ***persecução penal***, que normalmente começa com o a suposta ocorrência do crime e se desenvolve até o momento da decisão final, não mais passível de recursos. Depois disso o que se tem é a fase de ***execução penal***.

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,

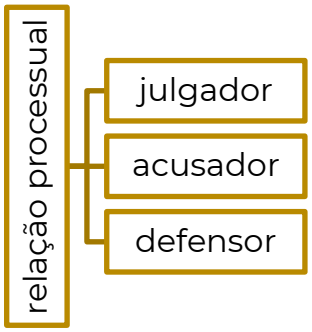
de maneira que cada prova tinha um valor predeterminado e diverso e, nesse sentido, a confissão era denominada a 'rainha das provas', suplantando qualquer outra, mesmo que obtida mediante tortura.

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 inexequibilidade 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 judex 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:

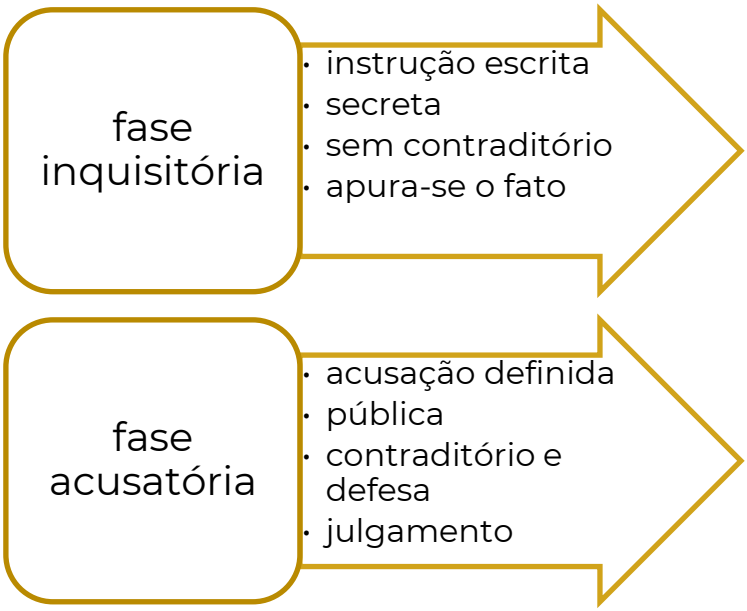
> (MPE-PR – Promotor de Justiça – 2014) Discorra sobre a seguinte assertiva: "Com as últimas reformas legislativas, alguns artigos do CPP, com traços do sistema penal inquisitório, foram revogados ou alterados, mas persistem dispositivos em descompasso com o sistema constitucional acusatório".

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 Criminalle* 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

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	*ne procedat judex ex officio*, 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.

Doutrina complementar

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*Processo penal*, vol. 1, 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119-123) assevera que: "No processo acusatório, que campeou na Índia, entre os atenienses e entre os romanos, notadamente durante o período republicano, e que, presentemente, com as alterações ditadas pela evolução, vigora em muitas legislações, inclusive na nossa, são traços profundamente marcantes: *a)* o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; *b)* as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; *c)* o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); *d)* as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (*ne procedat judex ex officio*); *e)* o processo pode ser oral ou escrito; *f)* existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois 'non debet licere actori, quod reo non permittitur'; *g)* a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado. Presentemente, a função acusadora, em geral, cabe ao Ministério Público. [...] O processo do tipo inquisitório é a antítese do acusatório. Não há o contraditório, e por isso mesmo inexistem as regras da igualdade e liberdade processuais. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa: o Juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, a final, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito. [...] Finalmente, o processo do tipo misto, também conhecido sob a denominação de sistema acusatório formal. [...] O processo, qual no tipo inquisitivo, desenvolve-se em três etapas: *a)* investigação preliminar (*de la policie judiciaire*), dando lugar aos *procés verbaux*; *b)* instrução preparatória (*instruction préparatoire*); e *c)* fase do julgamento (*de jugement*). Mas, enquanto no inquisitivo essas três etapas eram secretas, não contraditórias, escritas, e as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se nas mãos do Juiz, no processo misto ou acusatório formal somente as duas primeiras fases é que eram e continuaram secretas e não contraditórias. Na fase do julgamento, o processo se desenvolve *oralement, publiquement et contradictoirement.* As funções de acusar, defender e julgar são entregues a pessoas distintas." A respeito do sistema processual penal brasileiro, conclui: "No Direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer, não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes."

GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*Manual de processo penal e execução penal,* 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015) sintetiza: "**Sistema inquisitivo**: ausência de contraditório e ampla defesa; sigilo no procedimento; ausência ou limitação de recursos; inviabilidade de recusa do órgão investigador/julgador; confusão no mesmo órgão das funções acusatória e julgadora; predomínio da linguagem escrita. **Sistema acusatório:** enaltecimento do contraditório e da ampla defesa; publicidade dos atos; duplo grau de jurisdição assegurado; possibilidade de recusa do julgador; impossibilidade de confusão no mesmo órgão de acusador e juiz. **Sistema misto:** início da investigação contando com os princípios regentes do sistema inquisitivo; processo-crime instruído pelos princípios condutores do sistema acusatório; predomínio da linguagem oral." [...] E conclui: "O sistema adotado no Brasil é o misto. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal. [...] Fosse verdadeiro e genuinamente acusatório o nosso sistema, não se poderia levar em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nosso processo na esfera criminal, bastando fazer a leitura do art. 155 do CPP. O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como a prova técnica (aliás, produzida uma só vez durante o inquérito e tornando difícil à defesa a sua contestação ou renovação, sob o crivo do contraditório), os depoimentos colhidos e, sobretudo – e lamentavelmente – a confissão extraída do indiciado".

RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*Manual de processo penal: volume único,* 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016): "Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O **modelo acusatório** reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova. [...] Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988".

HIDEJALMA MUCCIO (*Curso de processo penal,* vol. 1, 1ª ed., São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 66-67): "Adotamos o processo de tipo acusatório. A acusação foi conferida a um órgão do Estado, o Ministério Público. [...] A função de julgar foi assegurada aos Juízes de Direito, que são permanentes e aos Juízes de Fato (Populares), no caso do Tribunal do Júri, que são transitórios, atualmente com competência só para os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados. [...] O Juiz, no Processo Penal, não é mero espectador da produção da prova, podendo determina-la de ofício, sempre que alguma diligência for necessária para dirimir dúvida sobre ponto relevante, não obstante o ônus da prova seja incumbência da parte, cf. art. 156 do CPP. [...] É certo que na fase do inquérito policial, no qual se investiga a infração penal e a sua autoria (art. 4° do CPP), prepondera o sigilo, portanto, a forma inquisitiva. Contudo, trata-se de procedimento meramente informativo. Não constitui o processo propriamente dito. O processo *stricto sensu* só surge com o oferecimento da denúncia ou da queixa-crime."

EUGENIO PACELLI (*Curso de processo penal*, 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 21) pontua: "No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação. De outra parte, somente quando (se) a investigação fosse realizada diretamente perante o juízo (como ocorre no Juizado de Instrução francês, por exemplo) seria possível vislumbrar contaminação do sistema, e, mais ainda, e,

sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação se reservasse a função de julgamento. Não é esse o caso brasileiro".

EDILSON MOUGENOT BONFIM (*Curso de processo penal,* 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012): "Se olharmos as características de ambos os sistemas, veremos que se encontram presentes, ainda que em diferentes graus e momentos, nos dois sistemas que "tradicionalmente" se opõem, ou seja, o chamado inquisitório e o acusatório. [...] De uma ou outra forma, sempre encontraremos um emaranhado de conceitos que dialogam com maior ou menor preponderância, em um ou outro momento do processo, sem que possamos alinhá-lo como pertencente a um modelo processual determinado. [...] Em que pese a divergência, *fato é que a persecução penal no sistema brasileiro cinde-se em duas partes, configurando-se em sistema misto*. A fase investigatória tem, em regra, caráter inquisitivo, a ela não se aplicando todas as garantias inerentes ao processo, porque não é um processo. Entretanto, é certo que, no âmbito específico do *processo penal* (subsequente à fase investigatória), a *função acusatória é organicamente separada da função decisória, de modo que, se a persecução penal como um todo pode ser classificada sob o gênero dos sistemas mistos, o processo penal em si — subsequente à investigação — indubitavelmente é "acusatório"*. Isto é, configura-se em 'verdadeiro' *processo penal* (acusatório). Claras, portanto, a noção da parte (sistema inquisitório, na primeira; acusatório, na segunda) e do todo (sistema misto, na análise da persecução penal, da fase extrajudicial à judicial)".

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (*Processo penal,* 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 100-101), ao tratar sobre a iniciativa probatória conferida ao juiz e sua relação com os sistemas processuais, sustenta: "Atualmente, na maioria dos sistemas processuais, há separação de funções entre acusar, julgar e defender. Além disto, as partes ainda conservam a sua iniciativa probatória, sendo, aliás, cada vez mais destacado o seu direito à prova. No entanto, além de as partes continuarem a ter iniciativa probatória, também o juiz passou a poder determinar, *ex officio*, a produção de provas. Em outras palavras, a atividade probatória deixa de ser monopólio das partes, que passam a compartilhá-la com o juiz. Os poderes instrutórios do juiz, contudo, não limitam ou impedem o direito à prova das partes. Em outras palavras, o direito à prova das partes não é incompatível com os poderes instrutórios do juiz. Não há um direito das partes a que o convencimento judicial se forme exclusivamente com base nas provas produzidas por iniciativa deles, e não do juiz. [...] Sob o enfoque histórico, os poderes de iniciativa probatória do juiz se ligam ao modelo inquisitório. Todavia, modernamente, o processo acusatório admite que o juiz seja dotado de poderes instrutórios, ou seja, é compatível com um juiz dotado de poderes para determinar *ex officio* a produção de provas".

Jurisprudência pertinente

Supremo Tribunal Federal – STF

A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo **sistema penal acusatório**. Disso decorre uma **separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal**. Precedentes. (ADI 5104 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CONEXÃO. INEXISTÊNCIA. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. SISTEMA ACUSATÓRIO. **O princípio acusatório é vulnerado de forma reflexa nas hipóteses em que a decisão do magistrado**, após a manifestação do Ministério Público Federal no sentido de remessa dos autos ao juízo competente, **determina o aditamento da denúncia para incluir fatos constantes do relatório policial em função da conexão. O sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação do *opinio delicti*, separando a função de acusar daquela de julgar**. [...] (RHC 120379, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 23-10-2014 PUBLIC 24-10-2014)

Superior Tribunal de Justiça – STJ

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. **AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. NULIDADE ABSOLUTA. NÃO OCORRÊNCIA**. NÃO ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. A inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa. São necessárias para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo, o que não ocorreu, uma vez que, presente em audiência, o causídico não fez constar da ata a nulidade suscitada. (AgRg no RHC 62.461/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 09/10/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRIBUNAL DO JÚRI. INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL. ARTS. 209 E 497, XI, AMBOS DO CPP. SISTEMA ACUSATÓRIO. COMPATIBILIDADE. LIMITES. PODER RESIDUAL. RECURSO NÃO PROVIDO. **A estrutura acusatória do processo penal pátrio impede que se sobreponham em um mesmo sujeito processual as funções de defender, acusar e julgar, mas não elimina, dada a natureza publicista do processo, a possibilidade de o juiz determinar, mediante fundamentação e sob contraditório, a realização de diligências ou a produção de meios de prova para a melhor reconstrução histórica dos fatos, desde que assim proceda de modo residual e complementar às partes e com o cuidado de preservar sua imparcialidade. Não fora assim, restaria ao juiz, a quem se outorga o poder soberano de dizer o direito, lavar as mãos e reconhecer sua incapacidade de outorgar, com justeza e justiça, a tutela jurisdicional postulada, seja para condenar, seja para absolver o acusado. Uma postura de tal jaez ilidiria o compromisso judicial com a verdade e com a justiça, sujeitando-o, sem qualquer reserva, ao resultado da atividade instrutória das partes, nem sempre suficiente para esclarecer, satisfatoriamente, os fatos sobre os quais se assenta a pretensão punitiva. O uso, pelo magistrado, de seus poderes instrutórios, presentes em inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal, não autoriza, porém, posturas de vanguarda ou de protagonismo judicial.** 4. Entretanto, sob uma ótica que busca a realização do processo justo e tendo em vista as peculiaridades do Tribunal do Júri, em que o juiz-presidente apenas prepara e regula a realização do julgamento pelos juízes populares, deve ser prestigiada a atividade probatória deflagrada pelo Juiz que determina, de ofício, a oitiva em plenário de testemunhas arroladas extemporaneamente na fase do art. 422 do CPP, mas já ouvidas em juízo na primeira fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, porque de forma residual e em consonância com os arts. 209 e 497, XI, ambos do CPP, para a correta compreensão de importantes fatos relatados durante a produção da prova oral. (RHC 87.764/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 06/11/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGADO COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. DENÚNCIA OFERECIDA E RECEBIDA PELO TRIBUNAL COMPETENTE. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. [...] a jurisprudência tanto do Pretório Excelso quanto deste Sodalício é assente no sentido da **desnecessidade de prévia autorização do Judiciário para a instauração de inquérito ou procedimento investigatório criminal contra agente com foro por prerrogativa de função, dada a inexistência de norma constitucional ou infraconstitucional nesse sentido, conclusão que revela a observância ao sistema acusatório adotado pelo Brasil, que prima pela distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos** [ressalva seja feita às autoridades com prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal]. (RHC 56.951/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 06/10/2017)

Não viola o sistema acusatório a conversão da custódia flagrancial em prisão preventiva pelo Magistrado de primeiro grau, haja vista a expressa autorização do art. 310, II, do Código de Processo Penal, que não se confunde com a hipótese, vedada, de decretação *ex officio* da segregação ante tempus.[...] (RHC 74.828/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)

No sistema acusatório, cada parte do processo penal tem seu papel delineado de modo a fortalecer a dialética, possibilitando à acusação a produção da prova necessária a demonstrar a efetiva prática

da conduta imputada ao réu e, da mesma forma, autorizando-se a defesa a produção da contraprova, apta a desconstituir a diligência incriminadora. [...] (RHC 74.655/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016)

Como se sabe, **constitui alicerce do processo penal brasileiro o sistema acusatório, no qual, em oposição à modalidade inquisitorial, impõe-se uma clara divisão de atribuições entre os sujeitos processuais responsáveis por acusação, defesa e julgamento na persecução criminal. Tal sistema traz como corolários os princípios da inércia e da imparcialidade do órgão jurisdicional - inclusive, e especialmente, no tocante à impossibilidade de que o julgador substitua iniciativa que seja de atribuição exclusiva da parte.** Doutrina. **Como consequência natural e lógica do sistema acusatório e dos princípios acima arrolados, o oferecimento da denúncia na ação penal incondicionada é atribuição exclusiva do Ministério Público, na sua condição de dominus litis**. Assim, resulta forçoso concluir que a necessária consequência do reconhecimento da inépcia de denúncia, ante a ausência de individualização da conduta do paciente, deve ser a rejeição da peça acusatória, impondo-se o trancamento da ação penal, ainda que possibilitando ao órgão acusatório, a proposição de nova inicial. [...] (HC 347.748/AP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016)

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. 5°:

> § 2° 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**.
>
> § 3° **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] RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL.

4.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

A base normativa desse axioma está na Constituição Federal, art. 5°, 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. 8°, 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. 9°. 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. 6°. 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:

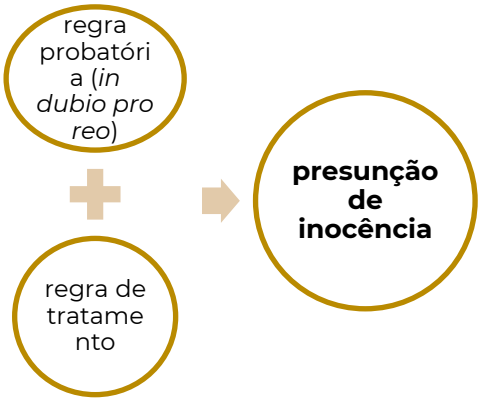
> De tempos para cá, entretanto, passou-se a questionar tal princípio, que, levado às últimas consequências não permitiria qualquer medida coativa contra o acusado, nem

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. 5°, 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 se 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 cautelar[5].

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.

---

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

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 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, §5°, 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 n° 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

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

> condenatória não tivesse transitado em julgado em virtude da interposição dos recursos extraordinário e especial.
> Ocorre que, no julgamento do Habeas Corpus n° 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 5°, 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 consequente 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 desfrutam 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. <u>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</u>, 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 estatura 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. Mediatamente, 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 <u>imutabilidade com relação à matéria de mérito da acusação das provas</u> e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional. E isso porque <u>o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, recentemente, que se admite a coisa julgada em capítulos</u>. [...] 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, <u>quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social</u> - 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, <u>ela também fica disfuncional</u>. [...] 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: Bookseler, 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 legislação 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: 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 vênia 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 equívocas 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 repelido, 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 5°, 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:

> 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.[8]

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 5°, 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).

---

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

[8] Hoje a redação do artigo é um pouco diferente: *Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado* (Redação dada pela Lei n° 13.964, de 2019). Na essência, a norma é a mesma.

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.

Doutrina complementar

Princípios

EUGÊNIO PACELLI (*Curso de processo penal*, 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 35) distingue postulados de princípios ao dizer que "os ***postulados*** são abstrações deduzidas do *sistema dos direitos fundamentais* que configuram a base normativa de nosso ordenamento, como métodos de aplicação ou de interpretação das normas jurídicas. Os *postulados*, nesse sentido e por isso mesmo, não vêm explicitados no texto, mas são dele *deduzidos*, logicamente. E, mais, como critério hermenêutico para a efetiva realização do sistema (dos direitos fundamentais). Já os ***princípios***, tais como as regras, também jurídicos, estão positivados nos textos constitucionais e legais, ainda que implicitamente, isto é, ainda que não denominados de maneira clara e insofismável. Numa palavra, os ***postulados*** são extraídos do sistema (*contexto* dos direitos fundamentais na Constituição); os ***princípios***, do texto (legal e constitucional)". [...] "Em relação ao processo penal enquanto *sistema jurídico* de aplicação do Direito Penal, estruturado em sólidas bases constitucionais, pode-se adiantar a existência de alguns princípios absolutamente inafastáveis, e, por isso, fundamentais, destinados a cumprira árdua missão de proteção e tutela dos direitos individuais". [...] "Princípios, então, que se apresentam como normas fundantes do sistema processual, sem as quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais".

Presunção de inocência

RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*Manual de processo penal: volume único,* 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016): "Consiste, assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). Comparando-se a forma como referido princípio foi previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, percebe-se que, naqueles, costuma-se referir à presunção de inocência, ao passo que a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado. Por conta dessa diversidade terminológica, o preceito inserido na Carta magna passou a ser denominado de presunção de não culpabilidade. [...] A Constituição Federal, todavia, é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável".

HIDEJALMA MUCCIO (*Curso de processo penal,* vol. 1, 1ª ed., São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 110): "A Lei Maior usa a expressão "culpado", e não a expressão "inocente". Bem andou o legislador constitucional, pois na sentença se reconhece a culpa daquele que desde o início do processo foi tido como autor do ilícito penal, portanto, daquele que não era inocente. Reconhecida a culpa na sentença penal, ela se torna definitiva com o trânsito em julgado."

EUGENIO PACELLI (*Curso de processo penal*, 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 39): "Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou *estado* ou *situação jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação".

AURY LOPES JR. (Direito p*rocessual penal*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 217/240) aponta que: "No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia). [...] A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, como explica FERRAJOLI, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção de prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena". Sintetizando, conclui o autor: "Manifesta-se numa dupla dimensão: a) interna: estabelecendo que a carga da prova seja integralmente do acusador; impondo a aplicação do *in dubio pro reo*; limitando o campo de incidência das prisões cautelares; b) externa: exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado, assegurando a imagem, dignidade e privacidade do réu".

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*Processo penal*, vol. 1, 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61/71): "Esse princípio nada mais representa que o coroamento do *due processo of* law. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre (...)" [...] Ao tratar sobre prisões anteriores ao trânsito em julgado da sentença condenatória, pontua: "Para que serviria, então, proclamar que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'? Trata-se, a toda evidência (para que não haja ultraje ao legislador constituinte), de um direito do cidadão. É direito fundamental, posto que inserido no art. 5º da Lei Maior. Direito a quê? Direito de ver respeitada a sua liberdade ambulatória. Direito de não sofrer qualquer medida constritiva de liberdade, a não ser nos casos estritamente necessários, ditados por evidente cautela. Direito de não sofrer a punição antecipadamente. Esse o real sentido da expressão 'presunção de inocência'".

NORBERTO AVENA (*Processo Penal*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017): "Na medida em que a Constituição Federal dispôs expressamente acerca desse princípio, incumbe aos Poderes do Estado torná-lo efetivo – o Legislativo, criando normas que visem a equilibrar o interesse do Estado na satisfação de sua pretensão punitiva com o direito à liberdade do acusado; o Executivo, sancionando essas normas; e o Judiciário, deixando de aplicar no caso concreto (controle difuso da constitucionalidade) ou afastando do mundo jurídico (controle concentrado da constitucionalidade) disposições que não se coadunem com a ordem constitucional vigente. Em razão dessa tríplice função, discussões têm emergido na doutrina e na jurisprudência sobre a constitucionalidade de certas previsões determinadas pela legislação infraconstitucional. Destacam-se, em especial: **a) Na dosimetria da pena podem ser considerados registros criminais pertinentes a processos a que responde o acusado sem trânsito em julgado de decisão condenatória?** A jurisprudência dos Tribunais Superiores é amplamente majoritária no sentido de que tais referências não podem ser valoradas contra o acusado, em homenagem ao princípio da presunção de inocência. Em razão disso, na esteira da Súmula 444 do STJ, tem-se decidido que os maus antecedentes referentes a inquéritos e processos em andamento, quando utilizados para a exacerbação da pena-base e do regime prisional, violam o princípio constitucional da presunção de inocência. Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o art. 5.º, inciso LVII, da Constituição de República, entenda-se a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência. Decorrência deste entendimento, também, a impossibilidade de levar em conta, no momento da fixação da pena, inquéritos policiais, arquivados ou em andamento, procedimentos de apuração de ato infracional a que tenha respondido imputado quando menor de 18 anos e fatos em

relação aos quais tenha sido aceito o benefício da transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (art. 76, §§ 4.º e 6.º, da Lei 9.099/1995). **b) É constitucional a regressão de regime carcerário em consequência da prática de crime doloso, enquanto ainda não houver, quanto a esse delito, sentença condenatória transitada em julgado?** O art. 118, I, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais) estabelece que a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, não exigindo o trânsito em julgado de sentença condenatória para esse fim. Acerca da constitucionalidade desta regra em face da presunção de inocência, duas posições existem: Primeira: O art. 118 da LEP viola frontalmente o princípio do estado de inocência, pois, diante de um fato apenas teoricamente criminoso (certeza mesmo deste caráter apenas haverá com o trânsito em julgado da decisão condenatória), determina a punição do apenado com regressão de seu regime para outro mais severo. Desconsidera o dispositivo, ainda, a possibilidade de ser o reeducando absolvido da imputação realizada no processo criminal que lhe venha a ser instaurado em razão desse novo fato, caso em que teria sido desarrazoada a regressão imposta. Segunda: Não importa o art. 118, I, da Lei 7.210/1984 em violação ao princípio da presunção de inocência, na medida em que o apenado que cumpre pena no regime semiaberto ou aberto tem o dever de demonstrar sua responsabilidade e adaptação ao convívio social. Além disso, entendimento diverso reduziria a um nada a efetividade do processo de execução, ressaltando-se que o não cometimento de crime doloso ou falta grave é, por força da LEP, condição para a permanência do reeducando em regime menos rigoroso. Em termos de jurisprudência, não temos a menor dúvida de que tem prevalecido essa segunda linha de pensamento. Consideram os Tribunais Superiores que o princípio da presunção de inocência não é absoluto, impondo-se que seja mitigado em certas circunstâncias, como já ocorre em relação ao instituto da prisão preventiva, que permite seja o denunciado preso antes da condenação para assegurar a aplicação da lei penal. **c) Pode o juiz ordenar a revogação do benefício da suspensão condicional do processo concedido ao acusado em face do art. 89 da Lei 9.099/1995 tão somente em razão da prática de outro crime, isto é, mesmo ausente sentença condenatória transitada em julgado quanto a esse novo delito?** Estabelece o art. 89, § 3.º, da Lei 9.099/1995 que a suspensão condicional do processo será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime. Quanto à constitucionalidade desse dispositivo, já que autoriza a cassação de benefício legal independentemente de condenação definitiva do indivíduo, assim como no caso anterior, duas posições existem, uma no sentido de que implica violação ao princípio da presunção de inocência e outra, em sentido contrário, compreendendo que se o acusado vier a ser processado por outro crime, impõe-se a revogação da suspensão já que deixa ele de ser merecedor do benefício, que é norma excepcional. Prevalece este último entendimento".

GUSTAVO BADARÓ (*Processo penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, capítulo I): "A presunção de inocência, já dizia Carrara, 'decorre de dogmas de absoluta razão', e funciona como 'absoluta condição de legitimidade do processo e do julgamento'. A Constituição de 1988 assegura entre os direitos e garantias individuais que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (art. 5.º, LVII). A garantia constitucional não utiliza a expressão 'presunção de inocência', que representa a formulação tradicional do princípio. Deu-se preferência à fórmula da consideração da não culpabilidade. Em virtude desta diversidade terminológica, o preceito constitucional passou a ser denominado 'presunção de não culpabilidade'. A questão que se levanta é saber se este modo diverso de exprimir o princípio é apenas uma variação terminológica ou se implica alteração de conteúdo da garantia. Em outras palavras, **a fórmula 'presunção de não culpabilidade' exprime um menor grau de proteção que a expressão 'presunção de inocência'?** A questão suscitou divergências na doutrina. Para alguns, a Constituição não adotou a presunção de inocência. Outra corrente, fundamentada na impossibilidade de distinção de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, entende que tais princípios são equivalentes. Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões 'inocente' e 'não culpável' constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito. [...] Por fim, resta definir conteúdo da presunção de inocência, é possível distinguir três significados de tal princípio: (1) garantia política; (2) regra de tratamento do acusado; (3) regra probatória. A primeira, e talvez a mais importante

forma de analisar o princípio, é como **garantia política** do cidadão. O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, o *in dubio pro reo*. A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria. A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. A presunção de inocência é, segundo Pisani, uma presunção política que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal. O dispositivo constitucional, contudo, não se encerra neste sentido político, de garantia de um estado de inocência. A 'presunção de inocência' também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como **regra de julgamento** a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Para a imposição de uma sentença condenatória é necessário provar, além de qualquer dúvida razoável, a culpa do acusado. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Por fim, a presunção de inocência funciona como **regra de tratamento** do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado. É manifestação clara deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias. A presunção de inocência não veda, porém, toda e qualquer prisão no curso do processo. Desde que se trate de uma prisão com natureza cautelar, fundada em um juízo concreto de sua necessidade, e não em meras presunções abstratas de fuga, periculosidade e outras do mesmo gênero, a prisão será compatível com a presunção de inocência."

Execução provisória da pena

NORBERTO AVENA (*Processo Penal*, 9ª edição. Método, 2017): "**A execução provisória da pena infringe o princípio da presunção de inocência?** O art. 283 do CPP (redação dada pela Lei 12.403/2011) vinculou a possibilidade de prisão pós-sentença condenatória ao trânsito em julgado dessa decisão. Na mesma linha, passou a determinar o art. 387, § 1.º, do mesmo Código (com a redação da Lei 12.736/2012) que na sentença condenatória, "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta". A partir dessas disciplinas firmou-se a orientação de que a privação da liberdade logo depois de proferida sentença condenatória, enquanto ainda não tiver sido julgado pelo tribunal competente eventual recurso da defesa, poderá ocorrer apenas por motivo de prisão preventiva decretada ou mantida após a condenação, sendo necessária, portanto, a demonstração quanto à presença dos pressupostos e fundamentos dessa custódia. E se, após recurso das partes (recurso da defesa contra sentença condenatória ou recurso da acusação contra sentença absolutória), o tribunal, julgando estas apelações, confirmar ou determinar a condenação do réu? Há até pouco tempo atrás, aplicava-se, nesta situação, a mesma disciplina utilizada em relação à sentença condenatória recorrível, admitindo-se o decreto de prisão antes do trânsito em julgado apenas se presentes os pressupostos da preventiva ou quando o recurso interposto pela defesa fosse manifestamente protelatório, isto é, manejado com a finalidade única de obstar o trânsito em julgado da condenação e assim postergar a aplicação da pena (nesse último caso reputava-se ocorrente abuso do direito de recorrer, o que autorizava a imediata execução da reprimenda imposta). Todavia, em 17.02.2016, o Plenário do STF, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, modificou essa orientação, deliberando no sentido de que a execução provisória da pena após confirmação da sentença condenatória (e isto se estende, por óbvio, à hipótese de reforma da sentença absolutória) em Segundo Grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo indiferente a presença ou não dos pressupostos da prisão preventiva. Posteriormente, em 05.10.2016, pronunciando-se acerca das liminares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 propostas, respectivamente, pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da OAB em relação ao art. 283 do CPP, o STF ratificou o entendimento adotado no julgamento do referido HC 126.292/SP, compreendendo, pela apertada maioria de 6 votos a 5, que o referido art. 283 não impede o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias. Mais recentemente, em 11.11.2016, no julgamento do Recurso Extraordinário 964.246/SP, o Plenário virtual do STF, novamente por maioria, reafirmou a mencionada orientação. Tratando-se, neste caso, de deliberação meritória realizada após

reconhecimento da repercussão geral da matéria, a tese firmada pelo Excelso Pretório, doravante, deverá ser aplicada nos processos em curso nas instâncias inferiores."

GUSTAVO BADARÓ (*Processo penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, capítulo I): "A decisão é equivocada [referindo-se ao HC 126.292], restringindo indevidamente a garantia constitucional. O art. 5.º, caput, LVII, da CR, estabelece como marco final da presunção de inocência o "transito em julgado da sentença penal condenatória", e não "o acórdão condenatório em segundo grau"! A diferença prática das duas posições é que o novo posicionamento do STF implica negar efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário. Logo, poderão os tribunais locais, em caso de acordão condenatório, determinar a expedição de mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada. Realmente, não é elemento essencial da presunção de inocência que tal estado do acusado vigore temporalmente até que a condenação transite em julgado. O que se assegura, por exemplo, no plano dos tratados internacionais de direitos humanos, é que o acusado tem o direito que se presuma sua inocência "enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa" (CADH, art. 8.2), ou "enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada" (CEDH, art. 6.2), ou ainda, "até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida" (PIDCP, art. 14.2). E, em todos esses casos, considera-se que a "culpa" estará legalmente comprovada, provada ou estabelecida com uma decisão que aprecie o mérito da causa. Isto é, com uma sentença condenatória, mesmo que impugnada por meio de recurso. Ou seja, o acusado é presumido inocente, até que seja proferida uma sentença condenatória, mesmo que esta seja impugnada. Entre nós, contudo, a Constituição reforçou a presunção de inocência, estabeleceu um marco temporal mais amplo para sua incidência, indo além do momento em que se considera legalmente provada ou comprovada a culpa, ou que seja proferido sentença ou acórdão, ainda que recorrido. O acusado tem o direito que se presuma a sua inocência "até o trânsito em julgado" da sentença penal condenatória. Há limites hermenêuticos que parecem insuperáveis para a intepretação do que seja "trânsito em julgado". É certo que **o trânsito em julgado não se confunde com a coisa julgada**, seja ela material ou formal. Como esclarece Barbosa Moreira, "por 'trânsito em julgado' entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso". E Machado Guimarães explica que "há, portanto, uma relação lógica de antecedente-a-consequente (não de causa-e-efeito) entre o trânsito em julgado e a coisa julgada". E conclui: "A decisão transitada em julgado cria, conforme a natureza da questão decidida, uma das seguintes situações: a) a coisa julgada formal, ou b) a coisa julgada substancial". Assim, **trânsito em julgado** da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material. Não há margem exegética para que a expressão seja interpretada, como o foi pelo STF, no sentido de que o acusado é presumido inocente até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso para o STF ou STJ. [...] Em suma, a presunção de inocência não vigora mais até "o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", como assegura o inc. LVII, do caput do art. 5.º da CR, mas só até "a confirmação a sentença condenatória em segundo grau", como quer o STF!"

RENATO BRASILEIRO (*Manual de processo penal*. 5ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 48/50): Com a devida vênia à maioria dos Ministros do STF que admitiram a execução provisória da pena, parece-nos que esse novo entendimento contraria flagrantemente a Constituição Federal, que assegura a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII), assim como o art. 283 do CPP, que só admite, no curso da investigação ou do processo – é dizer, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória -, a decretação da prisão temporária ou preventiva por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Não negamos que se deva buscar uma maior eficiência no sistema penal pátrio. Mas, a nosso juízo, essa busca não pode se sobrepor à Constituição Federal, que demanda a formação de coisa julgada para que possa dar início à execução de uma prisão de natureza penal. E só se pode falar em trânsito em julgado quando a decisão se torna imutável, o que, como sabemos, é obstado pela interposição dos recursos extraordinários, ainda que desprovidos de efeito suspensivo. Não há, portanto, margem exegética para que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, seja interpretado no sentido de se concluir que o acusado é presumido inocente (ou não culpável) tão somente até a prolação de acórdão condenatório por Tribunal de 2ª instância. Por mais que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, n. 2) estenda o princípio da presunção de inocência até a comprovação legal da culpa, o que ocorre com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso – lembre-se que a mesma Convenção Americana assegura o

direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, § 2º, "h") -, não se pode perder de vista que a Constituição Federal é categórica ao afirmar que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de não culpabilidade de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Diretos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável (princípio *pro homine*). [...] Não bastasse a Constituição Federal, é fato que a legislação infraconstitucional também não dá acolhida à nova orientação dos Tribunais Superiores. Explica-se: apesar de o art. 637 do CPP autorizar a execução provisória de acórdão condenatório pelo fato de os recursos extraordinários não serem dotados de efeito suspensivo, este dispositivo foi tacitamente revogado pela Lei nº 12.403/11, que conferiu nova redação ao art. 283 do CPP ("Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva"). O art. 283 do CPP é categórico ao estabelecer as hipóteses em que pode haver restrição à liberdade de locomoção no processo penal: a) prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva: são as únicas espécies de prisão cautelar passíveis de decretação no curso da investigação ou do processo; b) prisão penal (*carcer ad poenam*): a prisão penal só pode ser objeto de execução com o trânsito em julgado de sentença condenatória. Há, portanto, um requisito de natureza objetiva para o início do cumprimento da reprimenda penal, qual seja, a formação da coisa julgada, que é obstada pela interposição de todo e qualquer recurso, seja ele ordinário ou extraordinário, seja ele dotado de efeito suspensivo ou não. [...] Não se pode objetar que o novo CPC teria revogado tacitamente o art. 283 do CPP, por prever expressamente que os recursos extraordinários não são dotados de efeito suspensivo (NCPC, arts. 995 e 1.029, § 5º). A uma porque o novo CPC só pode ser aplicado no âmbito processual penal de maneira subsidiária e supletiva, ou seja, quando restar evidenciada a existência de uma lacuna. Como não há qualquer omissão no âmbito do CPP, que prevê expressamente que a execução da pena pressupõe o trânsito em jugado (art. 283), não se pode admitir a revogação de seus dizeres por uma norma genérica prevista no novo CPC. Não bastasse isso, é fato que o art. 283 do CPP consiste em mera reprodução da cláusula pétrea do art. 5º, LVII, da Constituição Federal ("Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"), cujo núcleo essencial jamais poderia sofrer qualquer restrição, quer por parte de uma lei ordinária (Lei nº 13.105/15 – NCPC), quer pelo próprio Poder Constituinte. A solução para o caos do sistema punitivo brasileiro deve passar, portanto, por uma mudança legislativa – e não jurisprudencial, como feita pelo STF – para que seja antecipado o momento do trânsito em julgado de acórdãos condenatórios proferidos pelos Tribunais de 2ª instância, hipótese em que os recursos extraordinários obrigatoriamente teriam que ter sua natureza jurídica alterada para sucedâneos recursais externos".

EUGÊNIO PACELLI: "no julgamento do HC 126292 (posteriormente referendado pelo Plenário nas ADC nos 43 e 44, em 5.10.2016), porém, o Supremo Tribunal Federal modificou radicalmente a sua posição sobre o princípio da não culpabilidade, permitindo a execução provisória da condenação já após a decisão do Tribunal de segundo grau. A decisão, como se vê, desconsidera a exigência do trânsito em julgado, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão da qual não caiba mais recurso. E, ao contrário do quanto ali sustentado, a matéria não nos parece ser de conformação legislativa, mas claramente de índole constitucional. A menos que se modifique a Constituição, como assim queria a conhecida proposta de Emenda Constitucional designada por Emenda Peluso, não vemos como alterar o conceito de trânsito em julgado, a não ser por essa via (constitucional). No ponto, parece-nos relevante também acentuar que sequer a legislação brasileira em vigor contempla a possibilidade de recurso após o trânsito em julgado, como ocorre, por exemplo, em Portugal, com o recurso extraordinário de lá. Em *terrae brasilis*, o trânsito em julgado é a tradução da decisão a salvo de recursos, mesmo aqueles da via extraordinária. Muito antes pelo contrário, a Lei nº 12.403/11, dando nova redação ao art. 283, CPP, prevê que toda prisão, antes do trânsito em julgado, deve se amparar em fundamentação cautelar. Ou seja, a Lei brasileira veda expressamente a execução provisória. E, a nosso juízo, contudo, a decisão de execução do acórdão deverá constar expressamente da decisão do Tribunal, sob pena de violação da decisão colegiada por ato monocrático do Relator, se e quando a ordem de prisão vier a ser emitida após a publicação da decisão. Exceções ao princípio, é claro, até poderão ocorrer, sem qualquer mácula ao pensamento garantista, como, de resto, comprova-o o direito comparado, mundo

afora. Em situações e contexto absolutamente excepcionais. O Direito é regra, mas é, também exceção. Do mesmo raciocínio valeu-se o douto Ministro Gilmar Mendes no HC 136.720/PB, ao lançar críticas recentes à aplicação automática da execução da pena após a condenação em segunda instância. Na oportunidade, o eminente Ministro confessou estar em dúvida sobre vir a submeter o tema novamente ao Plenário, a fim de prestigiar e prestar homenagens à posição (então vencida) do douto Ministro Dias Toffoli – de que a execução provisória da pena só poderia se dar após a condenação no Superior Tribunal de Justiça. Sua Excelência parece ensaiar nova mudança na concepção daquela Corte, uma vez que a interpretação hoje vigente foi adotada por seis ministros, dentre os quais o próprio Min. Gilmar Mendes, e rejeitada pelos outros cinco".

Jurisprudência pertinente

Súmula 444/STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Supremo Tribunal Federal – STF

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 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.** (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (HC 79812, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2000, DJ 16-02-2001 PP-00091 EMENT VOL-02019-01 PP-00196)

Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - **Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita**. (HC 88875, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2012 PUBLIC 12-03-2012)

E, no que concerne à aplicação do aforismo "in dubio pro reo", somente se justifica quando o julgador permanece em dúvida sobre os elementos de prova, que interpreta, para chegar a sua conclusão. Não, porém, quando se convence de que há provas suficientes para a condenação, como ocorreu, no caso. [...] (HC 82027, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 20/08/2002, DJ 19-12-2002 PP-00091 EMENT VOL-02096-03 PP-00606)

CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO PROCESSUAL. Licitude. **A culpabilidade não se presume. Deve ser provada. O princípio, hoje consagrado em documentos internacionais e em constituições, inclusive a brasileira, art. 5º, LVII, inspira o processo penal - o contraditório, a plenitude da defesa, o "in dubio pro reo" e o ônus da prova a quem acusa. A presunção de inculpabilidade, pelo qual só é culpado o condenado por decisão transita em julgado, não exclui medidas cautelares, como a prisão processual, prevista na Constituição, art. 5º, LXI, ou em lei** [...] (RE 133489, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 03/12/1991, DJ 08-06-2001 PP-00020 EMENT VOL-02034-02 PP-00311)

Superior Tribunal de Justiça – STJ

[...] o magistrado de primeiro grau considerou processos em curso, em desfavor do paciente, para elevar a reprimenda, em dissonância com o entendimento pacífico desta Corte no sentido de que, **em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser valorados negativamente como maus antecedentes para exacerbação da pena-base [...] ou, consequentemente, para a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso** (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso)." (HC 128800 MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 22/02/2010)

A falta de elementos de convicção que demonstrem ligação do acusado com o fato delituoso podem gerar, no julgador, dúvida acerca do nexo causal. Assim, deve ser invocado o princípio do *in dubio pro reo*, devendo o fato ser resolvido em favor do imputado, uma vez que a culpa penal deve restar plenamente comprovada, em razão da presunção de inocência. Isso porque, a garantia da liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado, princípio este que está implícito no inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal. [...] (REsp 1657576/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017)

A aplicação da máxima *in dubio pro reo* é decorrência lógica dos princípios da reserva legal e da presunção de não culpabilidade e, como tal, exige juízo de certeza para a prolação do juízo condenatório, sendo que qualquer dúvida acerca da materialidade e autoria delitivas resolvem-se a favor do acusado. [...] (AgRg no AREsp 63.199/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 03/09/2013)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. PRONÚNCIA. LIMITES. INCURSÃO NO MÉRITO DA ACUSAÇÃO. NULIDADE. **Nos crimes dolosos contra a vida, o juízo de certeza sobre a autoria e a intenção do agente, imprescindível apenas para a condenação, é da competência exclusiva do Tribunal do Júri, seu juízo natural, sendo vedadas na pronúncia incursões susceptíveis de influenciar o corpo de jurados, sendo certo que, nessa fase do processo, despreza-se a clássica ideia do *in dubio pro reo*, sobrelevando o princípio do *in dubio pro societate*.** (HC 13.413/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2002, DJ 01/04/2002, p. 222)

4.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

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

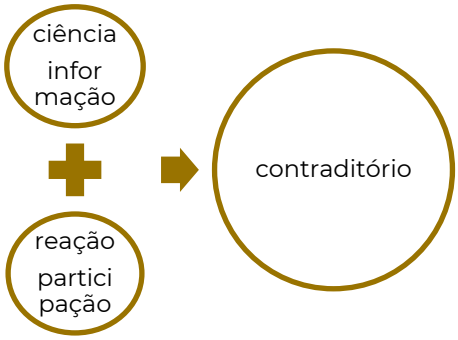
> LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório** e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

É contemplado, também, pela já citada *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (art. 8°, 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 <u>ciência</u> (ou informação) e a <u>reação</u> (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 todo 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 <u>os elementos se mostram indissociáveis</u>.

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 medidas[9].

Doutrina complementar

HIDEJALMA MUCCIO (*Curso de processo penal*, vol. 1, 1ª ed., São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 84/86) sustenta que: "Logo no início do processo temos presente o contraditório. O imputado, gozando, (sic) do direito primário e absoluto da defesa, deve conhecer a acusação que lhe é feita para poder contrariá-la. Com isso, evita-se que seja condenado sem ser ouvido. *Audiatur et altera pars*. A parte contrária deve também ser ouvida. Além de ser ouvida, a parte acusada deve ter condições reais de se opor à parte autora. De nada valeria ouvir o réu, se fosse obrigado a si mesmo defender-se, ou que sua defesa fosse confiada a terceira pessoa sem habilitação específica". [...] Ainda, traça um paralelo entre esse princípio e os tipos de sistemas processuais: "Consigne-se que o contraditório é princípio de observância obrigatória no processo de tipo acusatório, como o nosso. No processo de tipo inquisitivo não vigora a regra de igualdade processual,

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

segunda a qual as partes – acusadora e acusada – se encontram no mesmo plano, com iguais direitos. Nele, o contraditório não é observado. No processo de tipo misto, as duas primeiras fases: investigação e instrução, são inquisitivas; a fase de julgamento, contudo, restaura a regra a igualdade processual, fazendo presente o contraditório".

RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*Manual de processo penal: volume único,* 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, n.p.): "Seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis. [...] Também deriva do contraditório o direito à participação, aí compreendido como a possibilidade de a parte oferecer reação, manifestação ou contrariedade à pretensão da parte contrária. [...] O contraditório, assim, deixou de ser visto como uma mera possibilidade de participação de desiguais para se transformar em uma realidade. Enfim, há de se assegurar uma real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a efetividade e plenitude do contraditório. É o que se denomina contraditório efetivo e equilibrado".

EUGENIO PACELLI (*Curso de processo penal*, 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 37): "Da elaboração tradicional que colocava o princípio do contraditório como a garantia de *participação* no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado, a doutrina moderna, sobretudo a partir do italiano Elio Fazzalari, caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da *par conditio* ou da *paridade de armas*, na busca de uma efetiva igualdade processual. O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos – vistos, assim, como garantia de *participação* –, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma *intensidade* e *extensão*".

AURY LOPES JR. (Direito *processual penal*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 223), sobre a relação e confusão entre os princípios do contraditório e da ampla defesa, pontua: "Destacamos que - na teoria - é facilmente apontável a distinção entre o contraditório e direito de defesa. Sem embargo, ninguém pode omitir que o limite que separa ambos é tênue e, na prática, às vezes quase imperceptível. Desse modo, entendemos que não constitui *pecado mortal* afirmar que em muitos momentos processuais o contraditório e o direito de defesa se fundem, e a distinção teórica fica isolada diante da realidade do processo". Propriamente sobre o contraditório, sintetiza o autor: "Assim, o contraditório é, essencialmente, o direito de ser informado e de participar no processo. É o conhecimento completo da acusação, o direito de saber o que está ocorrendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais".

4.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa tem assento constitucional, estando listado entre os direitos e garantias fundamentais, no artigo 5°, 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**;

O Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8°, 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, induvidosamente, 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 indissoluvelmente 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 nuanças: 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 equilíbrio 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 suprindo 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 suprindo 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 n° 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, § 2°, CPP e art. 55, § 3°, da Lei n° 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.

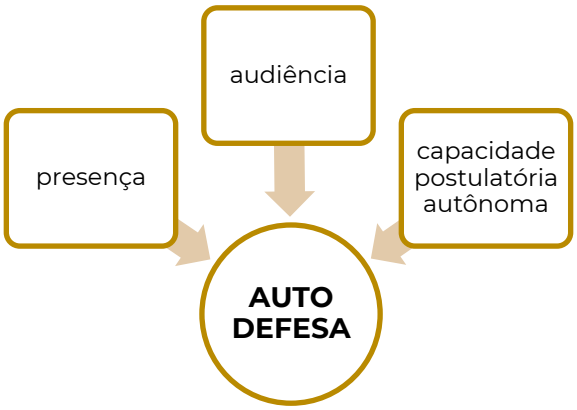
Súmula 708. É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.

Diga-se, inclusive, que a responsabilidade do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita a quem necessitar (art. 5 °, 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 queria 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 subdivida 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. 5°, 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.

Doutrina complementar

GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*Manual de processo penal e execução penal*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015): "Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal. [...] A ampla defesa gera inúmeros direitos exclusivos do réu, como é o caso de ajuizamento de revisão criminal – instrumento vedado à acusação –, bem como a oportunidade de ser verificada a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode desconstituir o advogado escolhido pelo réu, fazendo-o eleger outro ou nomeando-lhe um dativo, entre outros".

HIDEJALMA MUCCIO (*Curso de processo penal*, vol. 1, 1ª ed., São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 85-86*)*: "Pode-se dizer que não há ampla defesa sem o contraditório. Só o contraditório, contudo, não a garante. A ampla defesa implica, sim, na garantia do direito de resposta, de uma defesa técnica, dos mesmos direitos da parte acusadora, do processo conforme a lei – *due process of law* –".

RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*Manual de processo penal: volume único,* 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016): "O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação. [...] Quando a Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa, entende-se que a proteção deve abranger o direito à defesa técnica (processual ou específica) e à autodefesa (material ou genérica), havendo entre elas relação de complementariedade".

EUGENIO PACELLI (*Curso de processo penal*, 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 38/9): "Enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado. [...] Pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado."

AURY LOPES JR. (Direito *processual penal*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 240) sintetiza o princípio em testilha: "O direito de defesa é concebido numa dupla dimensão: a) defesa técnica: ninguém pode ser acusado ou julgado sem defensor (constituído ou dativo), exercida por advogado habilitado, diante da presunção absoluta de hipossuficiência técnica do réu [...]; b) defesa pessoal ou autodefesa, exercida pelo próprio acusado. A defesa pessoal subdivide-se ainda em *positiva* (quando o réu presta depoimento ou tem uma conduta ativa frente a determinada prova, *v.g.* participando do reconhecimento, acareação etc.) ou *negativa* (utiliza o direito de silêncio ou se recusa a participar de determinada prova), concretizando o princípio do *nemo tenetur se detegere* (nada a temer por se deter)". (grifos nossos)

Jurisprudência pertinente

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.

Súmula 523, STF: 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.

Supremo Tribunal Federal – STF

A ampla defesa, prevista no artigo 5°, inciso LV, da Constituição Federal, é a simbiose entre a defesa técnica e a autodefesa do acusado. A primeira surge indeclinável, considerado o artigo 8°, item 2, alínea 'e', do Pacto de São José da Costa Rica, segundo o qual o réu possui 'direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se [...] não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei'. Não assegurar ao acusado a defesa técnica mostra-se causa de nulidade absoluta do processo, consubstanciando prejuízo ínsito e insanável, conforme revela o Código de Processo Penal no artigo 564, inciso III, alínea 'c', combinado com o 572, cabeça, em sentido contrário, porquanto, ao anunciar os vícios sanáveis, não alude à ausência de defesa técnica. O Supremo possui entendimento sumulado nesse sentido, versando o verbete n° 523 [...] (RE 635145, Voto do Relator Ministro Marco Aurélio, Redator do acórdão Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 1.8.2016, DJe de 13.9.2017, com repercussão geral - tema 613)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. LEI 9.271/96. ALTERAÇÃO DO § 1° DO ART. 370 DO CPP. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO POR MEIO DE PUBLICAÇÃO OFICIAL. TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO AO MP E AOS ADVOGADOS NOMEADOS, INTIMADOS PESSOALMENTE. ATENDIMENTO ÀS PECULIARIDADES. NÃO VIOLAÇÃO À ISONOMIA, À AMPLA DEFESA OU AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. **"Não há na intimação por órgão oficial de publicidade dos atos judiciais qualquer ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que não caracteriza ela obstáculo ao desenvolvimento das atividades dos advogados no cumprimento de suas funções."** (ADI 2144-MC, Rel. Min. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ de 14-11-2003) 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 2144, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 13-06-2016 PUBLIC 14-06-2016)

Em se tratando de instrumento destinado à formação da *opinio delicti* do órgão acusatório, o procedimento administrativo de investigação criminal não demanda a amplitude das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, próprias da fase judicial. [...] (RHC 132062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 22/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 23-10-2017 PUBLIC 24-10-2017)

Superior Tribunal de Justiça – STJ

O entendimento desta Corte perfilha no sentido de ser inadmissível a condenação baseada apenas em elementos colhidos na fase inquisitorial, sem a submissão ao crivo do contraditório. Todavia, a condenação amparou-se em provas colhidas tanto na fase inquisitorial quanto na judicial, com observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, inexistindo, desse modo, negativa de

vigência ao art. 155 do Código de Processo Penal. Precedentes. [...] (AgRg no AREsp 1080106/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 01/12/2017)

A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5°, LV, da Constituição Federal). "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010). Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, **a vigência no campo das nulidades do princípio *pas de nullité sans grief* impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atinge a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, o que não ocorreu no caso. 4. Sem embargos acerca do amplo direito à produção das provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida.** Precedentes. [...] (RHC 89.764/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 27/11/2017)

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. RENÚNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. PROSSEGUIMENTO DO FEITO SEM PRÉVIA INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA CONSTITUIR NOVO DEFENSOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. **O direito de defesa é indisponível, de maneira que deve ser exercido ainda que contra a vontade do acusado ou na sua ausência, motivo pelo qual, havendo renúncia do defensor constituído, deve ser determinada a intimação do réu para constituir novo procurador, sob pena de nulidade, por cerceamento de defesa. Não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa, deve o magistrado ordenar a intimação do acusado para que ele, querendo, indique novo advogado. Antes de ser realizada essa intimação - ou enquanto não transcorrido o prazo nela assinalado - não é dado ao juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu**. (HC 223.776/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 26/09/2016)

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. 5°, 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 positivar 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. 8°, 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 **julgamento 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 imediata 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 § 1° 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.

Doutrina complementar

GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*Manual de processo penal e execução penal,* 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, n.p.) assinala pontualmente: "Por isso, vale sustentar a divisão entre publicidade geral e publicidade específica. A primeira é o acesso aos atos processuais e aos autos do processo a qualquer pessoa. A segunda situação é o acesso restrito aos atos processuais e aos autos do processo às partes envolvidas, entendendo-se o representante do Ministério Público (se houver, o advogado do assistente de acusação) e o defensor. Portanto, o que se pode restringir é a publicidade geral, jamais a específica."

HIDEJALMA MUCCIO (*Curso de processo penal,* vol. 1, 1ª ed., São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 90*)*: "O Estado, ao monopolizar a administração da justiça, garantindo o acesso de todos à tutela jurisdicional, conferiu aos julgamentos a publicidade necessária para que resultassem na justiça garantidora da paz, harmonia e tranquilidade social. [...] Com a publicidade freiam-se os desmandos, as arbitrariedades, a fraude, a corrupção, inibem-se a compaixão e as indulgências fáceis".

RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*Manual de processo penal: volume único,* 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, n.p.): "A garantia do acesso de todo e qualquer cidadão aos atos praticados no curso do processo revela uma clara postura democrática, e tem como objetivo precípuo assegurar a transparência da atividade jurisdicional, oportunizando sua fiscalização não só pelas partes, como por toda a comunidade. [...] Traduz-se, portanto, numa exigência política de se afastar a desconfiança da população na administração da Justiça".

RENATO MARCÃO (*Curso de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 4ª edição, 2017): "publicidade geral ou ampla é aquela que permite a qualquer pessoa acesso irrestrito a todo e qualquer ato processual e também ao processo; é a publicidade ilimitada. Publicidade especial ou específica diz respeito ao acesso das partes e seus procuradores (Ministério Público; advogado do assistente da acusação; querelante; defensores) ao processo e atos processuais. Como decorrência do sistema de garantias vigente, somente a publicidade geral é que poderá sofrer restrições, conforme o caso. Jamais, em hipótese alguma, a publicidade especial estará sujeita a limitação, daí por que eventual decisão judicial que imponha tal tipo de restrição materializará desconfortável ilegalidade e violação de direito fundamental. No Código de Processo Penal, dentre outras regras, destacamos as que seguem: **1)** o art. 20 determina que a autoridade assegure no inquérito policial *o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade*; **2)** o art. 201, § 6º, impõe ao juiz o dever de tomar as '*providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação*

aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação; **3)** o art. 792, § 1º, dispõe que *Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes*. [...] O art. 93, IX, parte final, da CF, acena para a possibilidade de conflito entre o direito à intimidade do interessado e o interesse público à informação. É sabido, entretanto, que o direito à intimidade comporta gradações, daí por que a necessidade de que o juiz avalie, caso a caso, qual o interesse preponderante, para depois decidir a respeito de eventual restrição à publicidade geral. Não se pode negar que na hipótese de um crime de roubo a situação envolverá direito à intimidade da vítima, que pode pretender não ver publicada na mídia a natureza de seu patrimônio subtraído ou a situação de violência física a que fora exposta. O grau de direito à intimidade que tal situação envolve não é nada comparado àquele da vítima que suportou a prática de crime contra sua dignidade sexual. Nesse ambiente de sutilezas e interesses constitucionalmente protegidos, a cautela e o bom senso do juiz devem ser redobrados".

Jurisprudência pertinente

Supremo Tribunal Federal – STF

AMPLA EXPOSIÇÃO DO CONTEÚDO E DOS ELEMENTOS DISCUTIDOS NOS AUTOS COM A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO – TRAMITAÇÃO EM REGIME DE SIGILO – INVIABILIDADE – A QUESTÃO DO REGIME DE SIGILO ("SEGREDO DE JUSTIÇA") NOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS – EXCEPCIONALIDADE DESSA MEDIDA – RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS E A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE. (RMS 30461 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 12-08-2014 PUBLIC 13-08-2014)

Superior Tribunal de Justiça – STJ

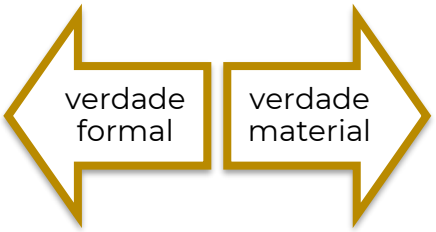
[...] INDICAÇÃO, NO SISTEMA ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL, DO NOME DE RÉU MAIOR DE IDADE E DA TIPIFICAÇÃO LEGAL DO DELITO DO QUAL É ACUSADO EM AÇÃO PENAL: AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE DO RÉU. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. **[...] A CF, em seu art. 5º, XXXIII e LX, erigiu como regra a publicidade dos atos processuais, sendo o sigilo a exceção, visto que o interesse individual não pode se sobrepor ao interesse público. Tal norma é secundada pelo disposto no art. 792, *caput*, do CPP. A restrição da publicidade somente é admitida quando presentes razões autorizadoras, consistentes na violação da intimidade ou se o interesse público o determinar. Nessa mesma esteira, a Quarta Turma desta Corte, examinando o direito ao esquecimento em *leading case* de repercussão social (REsp 1.334.097/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013), reconheceu ser "evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal." Os dispositivos constantes nos arts. 1º e 2º da Resolução n. 121/2010 do CNJ, que definem os dados básicos dos processos judiciais passíveis de disponibilização na internet, assim como a possibilidade de restrição de divulgação de dados processuais em caso de sigilo ou segredo de justiça, não têm o condão de se sobrepor ao princípio constitucional da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LV, da CF), nem tampouco podem prescindir da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF).** [...] (RMS 49.920/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016)

HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. PEDIDO DE SEGREDO DE JUSTIÇA NOS AUTOS DO HC. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS JURISDICIONAIS. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. INDEFERIMENTO. [...] **No ordenamento jurídico brasileiro, a regra é a publicidade dos atos jurisdicionais, excepcionada quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, a teor dos arts. 5º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal, o que não ocorre na espécie** [...] (HC 329.825/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 30/09/2015)

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**.

Doutrina complementar

GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*Manual de processo penal e execução penal,* 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015): "Diante disso, jamais, no processo, pode assegurar o juiz ter alcançado a verdade objetiva, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real. Tem, isto sim, o magistrado uma crença segura na verdade, que transparece através das provas colhidas e, por tal motivo, condena ou absolve. Logo, tratando do mesmo tema, já tivemos a oportunidade de escrever o seguinte: "material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. [...] Não questionamos ser a verdade una e sempre relativa, consistindo busca inviável, no processo, encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram. A verdade é apenas uma noção ideológica da realidade, motivo pelo qual o que é verdadeiro para uns, não o é para outros. O que a distinção almeja atingir é a demonstração de finalidades diversas existentes nos âmbitos civil e penal do processo. Enquanto na esfera cível o magistrado é mais um espectador da produção da prova, no contexto criminal, deve atuar como autêntico copartícipe na busca dos elementos probatórios".

RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*Manual de processo penal: volume único,* 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016): "A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípuo do processo criminal. Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade. Atualmente, essa dicotomia entre verdade formal e material deixou de existir. Já não há mais espaço para a dicotomia entre verdade formal, típica do processo civil, e verdade material, própria do processo penal. No âmbito cível, mesmo nos casos de direitos disponíveis, tem sido aceito que o magistrado possa, de ofício, determinar a produção de provas necessárias ao esclarecimento da verdade. Afinal, o processo deve ser considerado um meio efetivo de realização da justiça, quer seja o direito disponível, quer seja indisponível. A busca de um processo justo passa, inevitavelmente, pela previsão de meios efetivos para que se atinja a maior aproximação possível da verdade. Prova disso, aliás, é o novo Código de Processo Civil, cujo art. 370 dispõe expressamente que caberá ao juiz, de oficio ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. No âmbito processual penal, hodiernamente, admite-se que é impossível que se atinja uma verdade absoluta. A prova produzida em juízo, por mais robusta e contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluta. O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade. Enfim, a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível. [...] Por esse motivo, tem prevalecido na doutrina mais moderna que <u>o princípio que vigora no processo penal não é o da verdade material ou real, mas sim o da busca da verdade</u>. Seu <u>fundamento legal consta do art. 156 do Código de Processo Penal</u>. Por força dele, admite-se que o magistrado produza provas de ofício, porém apenas na fase processual, devendo sua atuação ser sempre complementar, subsidiária. Na fase preliminar de investigações, não é dado ao magistrado produzir provas de ofício, sob pena de evidente violação ao princípio do devido processo legal e à garantia da imparcialidade do magistrado".

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*Processo penal*, vol. 1, 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36): "De fato, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos

se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça. A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes. A força incontrastável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes".

Jurisprudência pertinente

Supremo Tribunal Federal – STF

A jurisprudência do STF consolidou entendimento de que o trancamento do feito só é possível em situações excepcionais, desde que constatada, sem a necessidade de dilação probatória, a inequívoca improcedência do pedido veiculado na ação penal, seja pela patente inocência do acusado, atipicidade da conduta, ou extinção da punibilidade, hipóteses que não se verificam no caso. Necessidade de prosseguimento na **busca da verdade real.** [...]. (HC 118833 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 06-05-2015 PUBLIC 07-05-2015)

Superior Tribunal de Justiça – STJ

O artigo 212 do Código de Processo Penal permite que o Juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do artigo 156, inciso II, do mencionado diploma legal. [...] (AgRg no REsp 1639763/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017)

As modificações introduzidas pela Lei n. 11.690/08, ao art. 212 do Código de Processo Penal, **não retiraram do juiz a possibilidade de formular perguntas às testemunhas, a fim de complementar a inquirição, na medida em que a própria legislação adjetiva lhe incumbe do dever de se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos (princípio da verdade real e do impulso oficial), o que afasta o argumento de violação ao sistema acusatório**. [...] (HC 295.979/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 22/06/2016)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.TESTEMUNHA ARROLADA A DESTEMPO PELA ACUSAÇÃO. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. TESTEMUNHA DO JUÍZO. **BUSCA DA VERDADE REAL. ART. 209 DO CPP. POSSIBILIDADE**. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Consoante o princípio *pas de nullité sans grief*, evidenciado no art. 563 do CPP ("nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"), não há que se falar em declaração de nulidade de ato processual, se dele não resultou qualquer prejuízo concreto para a defesa do recorrente. 2. "**Nos termos do art. 209 do Código de Processo Penal, não configura nulidade a oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do Juízo** [...]" (HC n. 95.319, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 18/2/2011) .[...] (AgRg no AgRg no AREsp 898.269/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBOS MAJORADOS. NULIDADES. REQUERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA APÓS APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. PRECLUSÃO. ART. 396-A DO CPP. TESTEMUNHA OUVIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. CONHECIMENTO PRÉVIO DA DEFESA. **RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE SUSCITADA POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E POR INOBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CPP. INOCORRÊNCIA. DILIGÊNCIA INVESTIGATIVA PERMITIDA. ART. 6º, III, DO CPP. PROVA ATÍPICA. PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL.** RECONHECIMENTO RATIFICADO EM JUÍZO. ART. 226 DO CPP. MERA RECOMENDAÇÃO. PRECEDENTES. EVENTUAL IRREGULARIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. PRECEDENTES. [...] (HC 393.172/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 06/12/2017)

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**.

§ 1° **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.

§ 2° 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.

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

§ 5° 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.

Doutrina complementar

NORBERTO AVENA (*Processo Penal*, 9ª edição. Método, 02/2017): "Provas obtidas por meios ilícitos, como tal consideradas aquelas que afrontam direta ou indiretamente garantias tuteladas pela Constituição Federal, não poderão, em regra, ser utilizadas no processo criminal como fator de convicção do juiz. Constituem uma limitação de natureza constitucional (art. 5.º, LVI) ao sistema do livre convencimento estabelecido no art. 155 do CPP, segundo o qual o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial. O art. 157 do CPP, alterado pela Lei 11.690/2008, definiu provas ilícitas como as obtidas mediante violação a normas constitucionais ou legais. Considerando que, historicamente, sempre se conceituou como ilegítimas as provas angariadas mediante a violação de normas legais, reservando-se o adjetivo ilícitas àquelas realizadas com afrontamento ao texto constitucional, deve-se reputar que o art. 157, ao referir-se à "violação a normas constitucionais", incide em relação às provas alcançadas com ofensa direta ao texto da Carta Republicana (v.g., interceptação telefônica sem ordem judicial, ofendendo-se ao que reza o art. 5.º, XII, da CF), sendo que a alusão à "violação a normas legais" compreende a hipótese de violação indireta do texto constitucional (v.g., interrogatório judicial sem advogado, com afrontamento direto do art. 185 do CPP e violação indireta do art. 5.º, LV, da CF). Tangente, por outro lado, às provas realizadas com violação a normas puramente processuais, sem nenhum reflexo constitucional (v.g., perícia realizada por apenas um perito nomeado, infringindo-se o art. 159, § 1.º, do CPP), reputamos que não são alcançadas pelo rigor do art. 157 do CPP, até porque, eventualmente, tal ordem de provas pode conduzir à ocorrência de nulidade meramente relativa, cuja característica fundamental é a convalidação caso não arguida *oportuno tempore*".

NORBERTO AVENA (Processo penal esquematizado, 6ª ed., São Paulo: Método, 2014, p. 25) analisa, pontualmente, a aplicação desse princípio em situações favoráveis ao acusado: "A despeito da vedação constitucionalmente determinada, a jurisprudência majoritária desde muito tempo vem considerando possível a utilização das provas ilícitas em favor do réu, quando se trata da única forma de absolvê-lo ou

de comprovar um fato importante à sua defesa. [...] Destarte, sob a ótica do interesse do acusado, imagine-se a hipótese em que, por meio de uma interceptação telefônica clandestina realizada sem ordem judicial, venha a ser descoberta a única prova capaz de inocentar o imputado da acusação que lhe foi feita. Neste caso, de um lado haverá a garantia constitucional da intimidade, violada com a interceptação realizada à revelia dos critérios legais; de outro, a garantia constitucional à liberdade, que restaria afrontada com uma condenação injusta. Ora, sopesando-se uma e outra garantia e havendo a prevalência da liberdade sobre a intimidade, impõe-se, nesta linha de pensamento, a admissão, em prol do réu, da prova ilicitamente obtida".

GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*Manual de processo penal e execução penal,* 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, n.p.): "Em síntese, portanto, pode-se concluir que o processo penal deve formar-se em torno da produção de provas legais e legítimas, inadmitindo-se qualquer prova obtida por meio ilícito. [...] O conceito de ilícito advém do latim (*illicitus* = *il* + *licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem, também, o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo *ilícito*. Nesse contexto, abrem-se duas óticas, envolvendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei). Este último enfoque (formalmente ilícito), como defendemos, é o ilegítimo".

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*Processo penal*, vol. 1, 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59/61): "Assim, uma busca e apreensão ao arrepio da lei, uma audição de conversa privada por interferência mecânica de telefone, microgravadores dissimulados, uma interceptação telefônica, uma gravação de conversa, uma fotografia de pessoa ou pessoas em seu círculo íntimo, uma confissão obtida por meios condenáveis, como o famoso 'pau de arara', o '*lie detector*' e, enfim, toda e qualquer prova obtida ilicitamente, seja em afronta à Constituição, seja em desrespeito ao direito material ou processual, não será admitida em juízo." O autor, em análise ao direito comparado, aduz a respeito das peculiaridades desse princípio no ordenamento jurídico pátrio: "Nenhuma legislação, exceto a brasileira, proclama, de maneira absoluta e peremptória, a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Passamos à frente de todas as outras. Nenhum texto constitucional proíbe, taxativamente, as provas obtidas por meios ilícitos. Só o brasileiro. Entre o interesse estatal quanto à repressão e o respeito à dignidade humana e aquela série mínima de liberdades e garantias espraiadas no nosso ordenamento jurídico, o legislador constituinte brasileiro optou pela última solução. A eficácia da persecução penal precisava encontrar um limite no respeito das garantias individuais. [...] **Prova ilícita por derivação.** A inadmissibilidade a que vimos de nos referir não se restringe apenas às provas obtidas ilicitamente, mas, inclusive, às ilícitas por derivação. Diz-se a prova ilícita por derivação quando, embora recolhida legalmente, a autoridade, para descobri-la, fez emprego de meios ilícitos". [...] Exemplificando, o autor arremata: "Mediante escuta telefônica (prova ilícita), obtém-se informação do lugar em que se encontra o entorpecente, que, a seguir, é apreendido com todas as formalidades legais... Assim, a obtenção ilícita daquela informação se projeta sobre a diligência de busca e apreensão, aparentemente legal, mareando-a, nela transfundindo o estigma da ilicitude penal".

FERNANDO CAPEZ (*Curso de processo penal,* 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 31), tratando sobre as distinções terminológicas próprias do princípio, registra: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI). As provas obtidas por meios ilícitos constituem espécie das chamadas provas vedadas. Prova vedada é aquela produzida em contrariedade a uma norma legal específica. A vedação pode ser imposta por norma de direito material ou processual. Conforme a natureza desta, a prova poderá ser catalogada como ilícita ou ilegítima, respectivamente. Assim, ao considerar inadmissíveis todas as 'provas obtidas por meios ilícitos', a Constituição proíbe tanto a prova ilícita quanto a ilegítima".

Jurisprudência pertinente

Supremo Tribunal Federal – STF

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação

coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "*due process of law*", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.. (RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147)

Alegado desrespeito ao art. 5º, LVI, ante a negativa de desentranhamento das peças processuais que faziam menção às provas reputadas ilícitas rechaçado no julgamento do RHC 137.368, anteriormente impetrado pela defesa: "**A denúncia, a pronúncia, o acórdão e as demais peças judiciais não são provas do crime, pelo que, em princípio, estão fora da regra de exclusão das provas obtidas por meios ilícitos – art. 5º, LVI, da CF. A legislação, ao tratar das provas ilícitas e derivadas, tampouco determina a exclusão de peças processuais que a elas façam referência – art. 157 do CPP. Não se pode impedir que os jurados tenham conhecimento da própria realização da prova ilícita e dos debates processuais que levaram a sua exclusão. As limitações ao debate em plenário são pontuais e especificadas nos arts. 478 e 479 do CPP, com redação dada pela Lei 11.689/08. A exclusão de prova ilícita não é contemplada nas normas de restrição ao debate". Eventual contrariedade a direito não decorreria diretamente da vedação de utilização de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF).** [...] (ARE 1037746 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 15-08-2017 PUBLIC 16-08-2017)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTINÇÃO PREMATURA DA AÇÃO PENAL. ACUSAÇÃO BASEADA EM PROVAS RECONHECIDAS COMO ILÍCITAS PELO STJ. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVAS IDÔNEOS PARA EMBASAR A DENÚNCIA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS NA VIA DO HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. [...] **Evidenciada, pela instância ordinária, a ausência de nexo de causalidade, não há falar que a prova declarada ilícita contaminou o suporte probatório embasador da sentença condenatória (CPP, art. 157, § 1º). Ademais, não sendo perceptível prima facie a derivação da prova, torna-se inviável, ao menos na via do habeas corpus, cotejar os inúmeros elementos de convicção trazidos aos autos e modificar a conclusão exarada pelo juízo sentenciante**. (HC 116931, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015)

Superior Tribunal de Justiça – STJ

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO E QUADRILHA. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp). 2. No caso, **deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP.** Precedentes do STJ. 3. Recurso em habeas corpus provido, para **reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos**. (RHC 89.981/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 13/12/2017)

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PERÍODOS DECLARADOS NULOS PELA JUSTIÇA FEDERAL. PROVA ILÍCITA QUE NÃO EMBASOU A DENÚNCIA NO JUÍZO ESTADUAL. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE). NÃO INCIDÊNCIA. ART. 157, § 1º, DO CPP. BUSCA E APREENSÃO. DECISÃO MOTIVADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] **O art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, excepciona, em matéria de provas ilícitas, a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada na hipótese em que os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida. Neste caso, consoante consignado no acórdão recorrido, as interceptações declaradas nulas pela Justiça Federal "não se relacionam" com**

as demais provas contidas nos autos e que deram sustentação à peça vestibular. [...] (RHC 57.861/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA [...] **Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da fruits of the poisonous tree doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita - no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio da recorrida, de 11 pedras de crack -, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.** [...] (REsp 1558004/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

[...] EXTRAÇÃO DE FOTO DO APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ACESSO AOS DADOS. DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. NULIDADE DA PROVA. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA. PRISÃO EM FLAGRANTE. FONTES INDEPENDENTES. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. **Conforme entendimento recentemente adotado no STJ, é ilícito, como regra, o acesso a dados mantidos em aparelho celular diretamente por autoridades policiais, sem prévia autorização judicial. 2. Hipótese em que não restou demonstrada nenhuma razão que justificasse, em caráter excepcional, o imediato acesso aos dados contidos no aparelho, restando desproporcionalmente restringidos os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade da titular do dispositivo (CF, art. 5º, X). Reconhecida a nulidade do acesso aos dados do celular, deve ser desconsiderada, como prova, a fotografia dele extraída. 3. A nulidade deve ser, em princípio, estendida às provas, supostamente lícitas e admissíveis, obtidas a partir daquela colhida de forma ilícita, por força da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), de origem norte-americana, consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. 4. A regra de exclusão (exclusionary rule) das provas derivadas das ilícitas comporta, na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, diversas exceções, tendo sido recepcionadas no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 157, §§ 1º e 2º do CPP, ao menos duas delas: a) fonte independente e b) descoberta inevitável. 5. No caso concreto, após o acesso ilegítimo a dados contidos no celular da testemunha, esta prestou voluntariamente informações às autoridades policiais, as quais, diligenciando prontamente ao local indicado, prenderam o paciente em flagrante, na posse ilegal de arma de fogo e de drogas. 6. A manifestação voluntária da testemunha consubstancia, na linha da jurisprudência pátria, fonte independente, de modo que as provas assim obtidas apresentam-se como autônomas, não restando evidenciado nexo causal com a ilicitude originária**. 7. Ausência de ilegalidade flagrante. Writ não conhecido. (HC 378.374/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 30/03/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA OBTIDA DE CONVERSA TRAVADA POR FUNÇÃO VIVA-VOZ DO APARELHO CELULAR DO SUSPEITO. DÚVIDAS QUANTO AO CONSENTIMENTO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE CONSTATADA. AUTOINCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCOBERTA INEVITÁVEL. INOCORRÊNCIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO MANTIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. **O Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão. 2. Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa. 3. O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira**

autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente. 4. Está-se diante de situação onde a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódoa de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita. 5. Recurso especial desprovido. (REsp 1630097/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 28/04/2017)

4.7 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Também decorre da Constituição Federal, art. 5°, 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) explicite como se efetiva a distribuição de competência a partir do referido princípio.

Doutrina complementar

NORBERTO AVENA (Processo Penal, 9ª edição. Método, 02/2017): "O princípio do juiz natural decorre do art. 5.º, LIII, da Constituição Federal, ao dispor que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Embora, à primeira vista, a leitura do dispositivo possa sugerir que se refere apenas à necessidade de observância das regras de competências ratione materiae, ratione personae e ratione loci, é certo que possui alcance bem maior do que este, primeiro porque se refere a 'autoridade competente' e não a 'juízo competente', e, segundo, porque a nulidade dos atos processuais quando realizados em juízo incompetente já é consagrada em nível de legislação infraconstitucional, no art. 564,

I, do CPP. Compreende-se, assim, da análise do inciso LIII que a pretensão a ele incorporada objetiva assegurar ao acusado o direito de ser submetido a processo e julgamento não apenas no juízo competente, como também por órgão do Poder Judiciário regularmente investido, imparcial e, sobretudo, previamente conhecido segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à prática da infração penal. Em consequência, veda-se a criação de tribunais ou juízos de exceção (o que não se confunde com jurisdições especializadas, que constituem simples desdobramento da atividade jurisdicional), assim como a designação de magistrado para atuar, especificamente, em um determinado caso, por exemplo, em razão da condição da pessoa que ocupa o polo passivo da relação processual penal. [...] Apesar da existência de posições em contrário, compreendemos, em face da natureza do princípio, que o postulado do juiz natural apenas pode ser invocado em prol do acusado, e não em seu desfavor. Neste sentido, apreciando hipótese na qual o réu, condenado a pena de quatro anos de reclusão por juízo incompetente, teve anulado esse julgamento a partir de recurso exclusivo seu, sendo, depois, condenado pelo juízo competente a pena superior à primeira que lhe havia sido imposta, decidiu o STJ que 'somente se admite que este último princípio – Juiz natural – seja invocado em favor do réu, nunca em seu prejuízo. Sob essa ótica, portanto, ainda que a nulidade seja de ordem absoluta (a incompetência), eventual reapreciação da matéria não poderá de modo algum ser prejudicial ao paciente, isto é, à sua liberdade' (HC 105.384/SP, DJ 03.11.2009). Considerou a Corte, como se vê, que a reprimenda fixada por quem não era o juiz natural do processo vinculou a nova pena estabelecida no juízo competente. Igual entendimento é adotado, também, no STF".

Edilson Mougenot Bonfim (Curso de processo penal, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.): "Abordado negativamente, o princípio representa uma vedação a que seja o acusado julgado por um tribunal ad hoc, constituído ex post facto. A vedação vem expressa em dispositivo constitucional, que determina que 'não haverá juízo ou tribunal de exceção' (art. 5º, XXXVII, da CF). [...] Parte da doutrina prefere a expressão juízo natural, uma vez que o provimento (sentença) 'já não é mais ato solitário do juiz, mas da jurisdição que se organiza pelo Poder Judiciário'. [...] Aprofundando, vai mais além o autor: "O STF já lecionou ser o princípio do juiz natural 'uma das projeções concretizadoras da cláusula do due process of law'. Assim, reveste-se sua projeção político-jurídica em dupla função instrumental, vale dizer, em cláusula constitucional tipificamente bifronte, uma vez que se endereça a diferentes destinatários. Assim se revela: i) prerrogativa individual (ex parte subjecti), na medida em que o destinatário do princípio é o acusado, reconhecendo-se-lhe, pelo princípio do juiz natural, um direito público subjetivo oponível em face do próprio Estado. Nesse caso, alude-se à chamada eficácia positiva da garantia constitucional; ii) limitação do poder de persecução penal estatal (ex parte principis), na medida em que impõe uma restrição das prerrogativas institucionais do Estado. Nesse caso, refere-se à eficácia negativa dessa mesma prerrogativa institucional".

Fernando da Costa Tourinho Filho (Processo penal, vol. 1, 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61): "Constitui a expressão mais alta dos princípios fundamentais da administração da justiça. Juiz natural, ou Juiz constitucional, ou que outra denominação tenha, é aquele cuja competência resulta, no momento do fato, das normas legais abstratas. É, enfim, o órgão previsto explícita ou implicitamente no texto da Carta Magna e investido do poder de julgar".

Jurisprudência pertinente

Súmula 704, STF: Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

Supremo Tribunal Federal – STF

A convocação de juiz para a "realização do interrogatório e de outros atos da instrução", em ações penais originárias, tem previsão legal – art. 3º, III, da Lei 8.038/1990, com redação dada pela Lei 12.019/2009. Não viola o princípio do juiz natural a realização de ato judicial por magistrado com competência prevista em legislação prévia. O magistrado instrutor "constitui longa manus do Relator e, nessa condição, atua sob sua constante supervisão". Nesse contexto, a "delegação de atos de instrução", na forma da lei e do Regimento Interno, "consubstancia medida direcionada à racionalização das forças dirigidas à consecução da razoável duração do processo, sem que se subtraia dos membros do Tribunal a competência para processamento e julgamento das causas

assim definidas pela Constituição" – HC 131.164, Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 24.5.2016. [...]. (HC 135026, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 21-10-2016 PUBLIC 24-10-2016)

Os princípios constitucionais do juiz natural e do promotor natural têm seu emprego restrito às figuras dos magistrados e dos membros do Ministério Público, não podendo ser aplicados por analogia às autoridades policiais ou ao denominado "delegado natural", que obviamente carecem da competência de sentenciar ou da atribuição de processar, nos termos estabelecidos na Constituição da República. [...] (RHC 126885, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. **Sentença condenatória proferida em regime de mutirão. Admissibilidade. Princípio do juiz natural (art. 5°, LIII, CF). Ofensa reflexa. Princípio da identidade física do juiz. Relativização. Precedentes. Inteligência do art. 399, § 2°, do Código de Processo Penal e do art. 132 do Código de Processo Civil. [...] Verificar-se se o regime de mutirão se subsume ou não nas exceções previstas no art. 132 do Código de Processo Civil constitui típica questão infraconstitucional. O Supremo Tribunal Federal assentou que o princípio da identidade física do juiz, positivado no § 2° do art. 399 do Código de Processo Penal, não é absoluto e comporta as exceções do art. 132 do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente no processo penal por força do seu art. 3°** (RHC n° 120.414/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 6/5/14). **O Supremo Tribunal Federal, HC n° 123.873/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 18/12/14, relativizou o princípio da identidade física e reputou legítima a possibilidade de se proferir sentença em regime de mutirão, ressaltando que, apenas diante das peculiaridades do caso, em que a prova acusatória se resumia à palavra da vítima, fez prevalecer a competência do juiz que presidiu a instrução. Na espécie, diversamente, o Tribunal de Justiça destacou que a condenação do recorrente se amparou em robusta prova documental e testemunhal, o que não justifica, na esteira do precedente citado, a prevalência da competência do juiz que presidiu a instrução sobre a do juiz designado para o regime de mutirão, com base em ato normativo local, que prestigia a celeridade e a efetividade processual.** [...] (ARE 839680 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 02/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 26-09-2016 PUBLIC 27-09-2016)

Superior Tribunal de Justiça – STJ

A fundamentação *per relationem* constitui medida de economia processual e não malfere os princípios do juiz natural e da fundamentação das decisões. [..] (REsp 1.443.593/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2015, DJe 12/6/2015)

Cabe ao juiz natural da causa, o Conselho de Sentença, debater a classificação dos delitos imputados ao réu, art. 5°, inc. XXXVII, "d", da CF. [...] (AgRg no AREsp 745.442/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017)

Em respeito ao princípio do juiz natural, somente é cabível a exclusão das qualificadoras na decisão de pronúncia quando manifestamente descabidas, porquanto a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença, conforme já decidido por esta Corte. [...] (AgRg no AREsp 1193135/PI, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. MANUTENÇÃO NO JULGAMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INIMPUTABILIDADE DA ACUSADA. NECESSIDADE DE ANÁLISE APROFUNDADA DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. [...] **Afirmar se a agente não tinha capacidade de entender o caráter ilícito ou fato e de agir de acordo com esse entendimento é tarefa que deve ser analisada pela Corte Popular, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal, mormente quando a decisão de pronúncia já precluiu, como na espécie**. Precedentes. [...] (RHC 83.453/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 25/08/2017)

[...]. **VIOLAÇÃO DO JUIZ NATURAL. FASE INVESTIGATIVA. TEORIA DO JUÍZO APARENTE.. [...] O princípio do juiz natural deve ser examinado com cautela na fase investigativa, especialmente nas hipóteses**

em que não se mostram ainda definidas as imputações e a respectiva competência. "O ponto de partida para a fixação da competência - não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará - haverá de ser o fato suspeitado, vale dizer, o objeto do inquérito policial em curso" (STF, HC 81.260/ES, rel. Ministro SEPULVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, DJ de 19/4/2002). **No caso em apreço, tratando-se, em tese, de organização criminosa voltada a prática de vários delitos e em diversos lugares deve prevalecer a teoria do Juízo aparente, prorrogando-se, assim, o exame acerca da competência material, por ocasião do oferecimento da denúncia, na fase judicial.** [...] (RHC 52.374/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

[...] JULGAMENTO MONOCRÁTICO. PREVISÃO LEGAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA COLEGIALIDADE E DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. [...] **O julgamento monocrático encontra previsão no art. 557 do CPC, c/c o art. 3º do CPP, não havendo falar em ofensa aos princípios da colegialidade e do juiz natural, sobretudo porque, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com a interposição de agravo regimental, torna-se superada a alegação de violação aos referidos postulados, tendo em vista a devolução da matéria recursal ao órgão julgador competente**. [...] (AgInt no AREsp 553.836/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017)

Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, não ofende os princípios do juiz natural e da perpetuação da jurisdição a redistribuição de processo pela criação de nova vara especializada na Comarca com consequente alteração da competência em razão da matéria, para fins de melhor prestar a jurisdição e não de remanejar, de forma excepcional e por razões personalíssimas, um único processo. (HC 322.632/BA, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 01/09/2015, DJe 22/09/2015).

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 Civis e Políticos* (adotado pela XXI Sessão da Assembléia-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 igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...]
>
> g) **De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada**.

> Art. 8°. 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).

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. 5°), com norma replicada na *Lei de Prisão Temporária* (art. 2°, § 6°), respectivamente:

> LXIII - o preso **será informado de seus direitos**, entre os quais o de permanecer calado [...];
>
> § 6° Efetuada a prisão, **a autoridade policial informará o preso dos direitos** previstos no art. 5° 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.

Decorrência 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.

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 PRATICA DE UM ILICITO 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 PRATICA 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 denunciação 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. [...]
>
> § 3° **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 § 4° 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 consequente 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 <u>provas não invasivas</u> e, por essa razão, válidas:

> § 1° 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.

Doutrina complementar

Renato Brasileiro de Lima (*Manual de processo penal: volume único,* 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016): "A forma como o direito de não se incriminar foi escrito e inserido em nosso texto constitucional e nos Tratados Internacionais acima referidos padece de deficiência, porquanto, em um primeiro momento, dá impressão de que teve como destinatário apenas a pessoa que se encontra na condição processual de *preso*, ou que figura como acusado da prática de determinado delito. [...] A doutrina mais aceita, contudo, é a de que o dispositivo constitucional em destaque se presta para proteger não apenas quem está preso, como também aquele que está solto, assim como qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal. Pouco importa se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado ou condenado, e se está preso ou em liberdade". Trata também, o autor, sobre a relação entre o referido princípio e a figura da testemunha na instrução do processo: "Não é válido, por outro lado, arrolar alguém como testemunha e querer, em razão do dever de dizer a verdade aplicável à hipótese, forçá-la a responder sobre uma pergunta que importe, mesmo que indiretamente, em incriminação do depoente. De certo que a testemunha, diferentemente do acusado, tem o dever de falar a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho (CP, art. 342), porém não está obrigada a responder sobre fato que possa, em tese, incriminá-la. Daí ter decidido o Supremo que não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la". [...] Ainda, o autor ressalta a imprescindibilidade da advertência expressa dessa garantia constitucional ao agente: "Nessa esteira, como já se manifestou a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a autoincriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas". [...] Acerca dos desdobramentos do direito de não produzir prova contra si mesmo, pontua: "O que o constituinte diz,

quando ele assegura o direito de permanecer calado, é que a pessoa não pode ser obrigada a se incriminar ou, em outras palavras, que ela não pode ser obrigada a produzir prova contra si. Aliás, essa última forma de revelar o conteúdo do preceito constitucional soa mais feliz, uma vez que consegue tornar mais clara a mensagem do constituinte. Portanto, deve se compreender que o direito ao silêncio funciona apenas como uma das decorrências do princípio do *nemo tenetur se detegere*, do qual se extraem outros desdobramentos igualmente importantes. Em síntese, pode-se dizer que o direito de não produzir prova contra si mesmo, que tem lugar na fase investigatória e no curso da instrução processual, abrange: **a) o direito ao silêncio ou direito de ficar calado** [...]**; b) direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal** [...]**; c) inexigibilidade de dizer a verdade** [...]**; d) direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo** [...]**; e) direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva** [...]".

EUGENIO PACELLI (*Curso de processo penal*, 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 35-36): "Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio, ou a garantia contra a autoincriminação, não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja *compelido* – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse. Nesta última hipótese, a participação do réu somente poderá ocorrer em casos excepcionalíssimos, em que, além da previsão expressa na lei, não haja risco de afetação aos direitos fundamentais da pessoa. [...] A *regra* da não exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária, ressalvadas hipóteses previstas em leis e não invasivas da integridade física e psíquica do agente, decorre, além do próprio sistema de garantias e franquias públicas instituído pelo constituinte de 1988, de norma expressa prevista no art. 8° da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992, no que toca ao *direito ao silêncio* e à *proteção contra ingerências atentatórias da dignidade humana*".

VALTER KENJI ISHIDA (*Processo penal*, 5ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p.78): "Relaciona-se ao direito constitucional de manter-se calado (art. 5°, LXIII, da CF). O Estado por si só deve buscar as provas como parte mais forte. Não pode utilizar-se do réu ou indiciado para tanto. Assim, a regra de que os vícios do inquérito policial não contaminam a fase processual deve ser interpretada da seguinte forma: em geral, vício como a falta da entrega da nota de culpa não afeta a fase processual. Todavia, se a perícia é feita de forma coercitiva, mesmo com a recusa do agente de se submetê-la, deve ser anulada, ficando afetada essa diligência".

Jurisprudência pertinente

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

Supremo Tribunal Federal – STF

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Furto (art. 240 do CPM). Recebimento da denúncia. **Alegação de nulidade do processo por ofensa ao princípio do nemo tenetur se detegere em razão da confissão da autoria durante a inquirição como testemunha. 4. Denúncia recebida apenas com base em elementos obtidos na confissão. 5. Garantias da ampla defesa e do contraditório no curso da ação penal**. 6. Recurso provido. (RHC 122279, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

Habeas Corpus. 2. **Alegação de ilicitude da prova, consistente em entrevista concedida pelo paciente ao jornal "A Tribuna", na qual narra o modus operandi de dois homicídios perpetrados no Estado do Espírito Santo, na medida em que não teria sido advertido do direito de permanecer calado. 3. Entrevista concedida de forma espontânea. 5. Constrangimento ilegal não caracterizado**. 4. Ordem denegada. (HC 99558, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010, DJe-024 DIVULG 04-02-2011 PUBLIC 07-02-2011 EMENT VOL-02458-01 PP-00064 RTJ VOL-00224-01 PP-00473)

Sentença condenatória: individualização da pena: motivação inidônea para acrescer circunstância judicial desfavorável ao paciente para aumentar a pena-base. **Assente a jurisprudência do Tribunal em que o comportamento do réu durante o processo, na tentativa de defender-se, não se presta a agravar-lhe a pena (cf. HC 72.815, 5.9.95, Moreira Alves, DJ 6.10.95): é garantia que decorre da Constituição Federal, ao consagrar o princípio nemo tenetur se detegere** (CF/88, art. 5º, LXIII). [...] (HC 83960, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 01-07-2005 PP-00056 EMENT VOL-02198-02 PP-00305 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 369-377)

Nemo tenetur se detegere: direito ao silêncio. Além de não ser obrigado a prestar esclarecimentos, o paciente possui o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio. [...] (HC 84517, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00029 EMENT VOL-02173-02 PP-00244 LEXSTF v. 26, n. 312, 2005, p. 387-397 RT v. 94, n. 833, 2005, p. 478-483)

O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. (HC 80949, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145 RTJ VOL-00180-03 PP-01001)

Comentário: posteriormente, a Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003, alterou o art. 186 do CPP, dando-lhe nova redação, notadamente acrescentando o parágrafo único, que dispõe que o silêncio não importa em confissão e tampouco pode ser interpretado em prejuízo da defesa.

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA - IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA - PEDIDO DE HABEAS CORPUS DEFERIDO. - **O privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário**. - **O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado**. [...] (HC 79812, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2000, DJ 16-02-2001 PP-00091 EMENT VOL-02019-01 PP-00196)

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. **Diante do princípio nemo tenetur se detegere, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo,**

proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido. (HC 77135, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 06-11-1998 PP-00003 EMENT VOL-01930-01 PP-00170)

[...] As conduções coercitivas para interrogatório têm se disseminado, especialmente no curso da investigação criminal. Representam uma restrição importante a direito individual, alegadamente fundada no interesse da investigação criminal. [...] As arguições invocam violação ao **direito à não autoincriminação,** ao silêncio, ao juiz imparcial, ao sistema processual penal acusatório, ao devido processo legal, à paridade de armas e à ampla defesa e ao contraditório. Passo a analisar se, de fato, a condução coercitiva atinge esses direitos fundamentais, representando uma efetiva restrição a eles. Concluo esta avaliação afirmando a restrição aos direitos à liberdade pessoal e à presunção de não culpabilidade. [...] **O direito à não autoincriminação consiste na prerrogativa do investigado ou acusado a negar-se a produzir provas contra si mesmo, e a não ter a negativa interpretada contra si**. No caso, **interessa o direito ao silêncio, o aspecto mais corrente do direito à não autoincriminação**. Por projeção, o direito ao silêncio consistente na prerrogativa do implicado a recursar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Tal direito não constava do catálogo de direitos fundamentais das constituições pré-1988. Tampouco era reconhecido no âmbito legal. Pelo contrário, o CPP previa que o silêncio do acusado seria interpretado em seu desfavor – art. 186, alterado apenas em 2003, para consagrar que o silêncio não será interpretado em prejuízo da defesa. A Constituição de 1988 não foi direta em afirmar o direito à não autoincriminação em geral, ou o direito ao silêncio em particular. O que o texto constitucional enunciou foi o direito à advertência quanto ao direito ao silêncio, ainda assim apenas em favor do preso – "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado", art. 5º, LXIII. O direito ao silêncio foi consagrado em tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, os quais enunciam o direito do acusado de não depor contra si mesmo – artigo 14, 3, "g", do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em execução por força do Decreto 592/92, e artigo 8, 2, "g", do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto 678/92. No plano legal, desde a Lei 10.792/03, o direito ao silêncio foi incorporado ao CPP. Atualmente, tanto o direito ao silêncio quanto a respectiva advertência são previstos na legislação e aplicáveis tanto à ação penal quanto ao interrogatório policial, tanto ao preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. **Mesmo o Código de Processo Civil introduziu o direito da parte de não produzir prova contra si própria – art. 379**. De tudo se retira que, **executada a condução coercitiva, não há dúvida de que o conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e ao direito à respectiva advertência**. Em outras palavras, a autoridade interrogante deve advertir o conduzido do direito a calar-se e respeitar seu exercício. O conduzido também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado (art. 7º, XXI, do Estatuto da Advocacia), reforçando a qualidade da decisão como estratégia defensiva. Ou seja, **só há potencial autoincriminação se o interrogado optar por falar, mesmo após advertido do direito ao silêncio. Nessas condições, haverá uma opção suficientemente informada. Não vejo o uso das declarações do interrogado como prova como violação ao direito à não autoincriminação**. Quanto ao ponto, ressalto que o direito ao silêncio é um direito, não um dever. **A Constituição Federal assegura a livre manifestação, inclusive a investigados e presos** – art. 5º, IV e XLIX. O direito constitucional ao direito ao silêncio só faz sentido porque o investigado pode optar por falar, e porque suas declarações têm valor. Não fosse assim, o interrogatório seria simplesmente proibido. A palavra do acusado pode ser essencial à defesa. A versão do imputado pode elucidar os fatos e dissipar suspeitas. Não raro, é a partir do interrogatório que se descobre que o investigado é, em verdade, a vítima. Não por acaso, a legislação consagra o direito do réu de manifestar-se pessoalmente sobre as suspeitas que contra ele pairam. Cabe à defesa decidir por falar ou calar. **Submeter o investigado a interrogatório não é, por si só, uma violação ao direito à não autoincriminação**. Disso concluo que não há violação, nem ao menos potencial, ao direito à não autoincriminação. [...] Eventual autoincriminação decorrente da condução coercitiva poderia estar ligada à surpresa, ao pouco tempo para fazer uma opção informada entre falar, ou não, e para estruturar uma tese defensiva. Ocorre que o direito ao tempo para a preparação não se manifesta dessa forma. **Investigados e réus não têm a prerrogativa de definir o momento em que serão interrogados**. [...] Assim, tenho que as normas processuais, tal qual postas, asseguram suficientemente tempo de preparação para o interrogatório. Não vejo, em fase de ação penal, a possibilidade de vulneração ao direito

ao tempo de preparação da defesa. [...] **É possível afirmar, mesmo em abstrato, que a condução coercitiva para interrogatório é ilegítima, ao menos de acordo com a legislação atualmente em vigor. O essencial para essa conclusão é que a legislação prevê o direito de ausência ao interrogatório, especialmente em fase de investigação. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. Para que a condução coercitiva seja legítima, ela deve destinar-se à prática de um ato ao qual a pessoa tem o dever de comparecer, ou ao menos que possa ser legitimamente obrigada a comparecer.** Veja-se a condução da testemunha, por exemplo. Existe o dever de depor como testemunha – art. 202 do CPP. O testigo deve fazer-se presente na hora e no local assinalados na intimação. Inexiste a prerrogativa de fazer-se ausente. A condução coercitiva da testemunha faltante é simples meio de exigir o cumprimento do dever de apresentar-se para depor – art. 218 do CPP. Nesse caso, há uma finalidade claramente estabelecida, a ser afirmada por medidas proporcionais, conferidas pelo legislador. Em sentido semelhante, a condução coercitiva "quando houver dúvida sobre a identidade civil" do imputado seria uma possibilidade, na medida em que essa é uma hipótese que autoriza mesmo a medida mais gravosa – prisão preventiva, na forma do art. 313, parágrafo único, do CPP. Mesmo que não paire dúvida sobre a identidade, pode-se cogitar da condução coercitiva para a qualificação do acusado, correspondente à primeira parte do interrogatório, relativa à pessoa do acusado – art. 187, § 1º, e art. 185, § 10, do CPP. Nesse ponto, o acusado não tem direito ao silêncio. A qualificação foi inserida legalmente como fase do interrogatório, na forma do art. 187 do CPP. Logo, sob tal aspecto, **a realização da qualificação poderia justificar a condução coercitiva**. Fato é que as informações sobre a pessoa do acusado chegam aos autos por diversas vias. Antecedentes, por exemplo, podem ser obtidos consultas ao rol dos culpados e ao sistema processual. Dificilmente a qualificação será relevante ao processo, a ponto de permitir a adoção de uma medida consideravelmente radical, como a condução coercitiva. De qualquer forma, **nas hipóteses estreitas em que a qualificação se afigura imprescindível, o juiz pode, de forma devidamente fundamentada, ordenar a condução coercitiva do investigado ou acusado, como um ato que não possa ser realizado sem sua presença, na forma do art. 260 do CPP**. **O mesmo pode ser dito para a condução coercitiva para a identificação**. Relevante para este processo é a condução coercitiva para aquilo que a legislação denomina a segunda parte do interrogatório, o interrogatório sobre os fatos – art. 187, § 2º, do CPP. A diferença dessa hipótese em relação à condução coercitiva para interrogatório é que a lei não consagra um dever de fazer-se presente ao ato. **No curso do inquérito, não há regra que determine a submissão ao interrogatório**. Pelo contrário, como já afirmado, consagra-se ao investigado o direito ao silêncio. Aí reside a falácia principal que fundamenta a condução coercitiva: a alegação de que seria um *minus* em relação à prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. A condução coercitiva é, de fato, menos gravosa do que a prisão preventiva. A questão, entretanto, é que realizar o interrogatório não é uma finalidade legítima para a prisão preventiva. A consagração do direito ao silêncio impede a prisão preventiva para interrogatório, na medida em que o imputado não é obrigado a falar. Por isso, **a condução coercitiva para interrogatório representa uma restrição da liberdade de locomoção e da presunção de não culpabilidade, para obrigar a presença em um ato ao qual o investigado não é obrigado a comparecer**. Daí sua incompatibilidade com a Constituição Federal. Não desconheço que a Primeira Turma deste Tribunal registra precedente reconhecendo a viabilidade jurídica da condução coercitiva de suspeito, o qual não se encontrava em situação de flagrante delito, para prestar esclarecimentos na delegacia – HC 107.644, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 6.9.2011. A maioria formou-se com o voto de quatro Ministros – Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. Ficou vencido o Ministro Marco Aurélio. Daquela feita, afirmou-se que a polícia judiciária, para se desincumbir de seu mister, pode conduzir testemunhas e suspeitos para depoimento. O Min. Dias Toffoli, em seu voto-vista, fez constar várias hipóteses em que a custódia ou a retenção de suspeitos pela autoridade policial se configuraria como legítima e necessária: "I - Na hipótese de cumprimento de um alvará de soltura, enquanto se consulta a Divisão de Capturas ou Vara de Execuções sobre mandados em aberto (por erro ou para cumprimento), é cautela exigida antes de empreender-se a soltura do preso. Se o carcereiro não o conhecer, deverá, ainda, confrontar-lhe a identidade e, se necessário, colher suas digitais para identificação, hipótese em que a resposta poderá demorar algumas horas. Nesse caso, não há crime a investigar, mas o até então reeducando que se deve por em liberdade permanecerá custodiado. Trata-se de caso de averiguação. II - No caso de pessoa contra quem não conste a expedição de mandado de prisão, mas em que haja informação segura de que se cuidaria de foragido de presídio de outro Estado da Federação; enquanto se procede à consulta. Cuida-se, igualmente, de hipótese de averiguação. III – No caso do indivíduo conduzido ao I.M.L. para averiguação de embriaguez. Se não for caso de flagrante ou

lavratura de termo circunstanciado de ocorrência, estará ele retido ou custodiado. Aqui trata-se de investigação sumaríssima, por haver delito a apurar. IV - Na formalização de ocorrência envolvendo substâncias entorpecentes, enquanto se aguarda laudo de constatação do I.M.L. Se positivo o exame, o conduzido será preso e autuado em flagrante; se negativo, não será autuado porque não houve crime. Nesse caso, terá ele ficado em custódia, mas na qualidade de investigado. Trata-se, igualmente, de investigação sumaríssima, que não comporta prisão temporária. V - No caso de cometimento de crime recente, enquanto se aguarda o comparecimento da vítima para reconhecimento pessoal. Se há o reconhecimento, lavra-se o flagrante. Em caso negativo, não subsistindo o flagrante, o cidadão terá ficado custodiado ou retido, sem estar legalmente preso. Cuida-se, também, de investigação sumaríssima, sendo desnecessária e descabida a prisão temporária, porque o resultado da investigação só depende de algumas horas". Sem querer aprofundar todas as hipóteses mencionadas, pode-se afirmar que elas têm algo em comum: a retenção ocorre para avaliação se está presente uma hipótese de prisão – as duas primeiras por ordem judicial; as seguintes, em flagrante delito. Não se assemelham a uma condução coercitiva para interrogatório, na qual a retenção será sucedida necessariamente da liberdade. Reitero que, **na medida em que não há obrigação legal de comparecer ao interrogatório, não há possibilidade de forçar o comparecimento**. Quanto ao precedente em si, tenho que ele tratava de uma hipótese bastante peculiar, não passível de generalização. A esposa da vítima de latrocínio atraíra o suspeito para uma conversa, buscando produzir prova contra ele, sem a participação inicial de agentes policiais. Do encontro, instaurou-se uma desinteligência, em razão da qual os policiais foram chamados e levaram ambos para a delegacia. Na delegacia, o suspeito confessou a autoria do latrocínio. O foco do debate jurisdicional estava na validade da confissão. É mesmo duvidoso que a validade da condução fosse relevante para o julgamento do *habeas corpus*, na medida em que uma subsequente admissão voluntária da responsabilidade poderia ser considerada uma prova suficientemente autônoma. Se o precedente, em alguma medida, afirma que os suspeitos podem ser detidos para serem interrogados, registro que com ele não comungo. A maior parte dos ordenamentos jurídicos confere algum poder às autoridades policiais de restringir temporariamente, por decisão própria, a liberdade de suspeitos de crimes graves. No entanto, nossa Constituição enfatiza o direito à liberdade, no deliberado intuito de romper com práticas autoritárias como as prisões para averiguação. Assim, salvo as exceções nela incorporadas, **exige-se a ordem judicial escrita e fundamentada para a prisão – art. 5º, LXI. Logo, tendo em vista que a legislação consagra o direito de ausência ao interrogatório, a condução coercitiva para tal ato viola os preceitos fundamentais previstos no art. 5º, caput, LIV e LVII**. Em consequência, deve ser declarada a incompatibilidade da condução coercitiva de investigado ou de réu para ato de interrogatório com a Constituição Federal. Acrescento que, ainda que se vislumbrasse espaço para a condução coercitiva para interrogatório, esse seria uma excepcional restrição da liberdade do acusado. Nesse contexto, não vejo como, mesmo quem considere a condução possível, se possa deixar de exigir a rigorosa observância da integralidade do art. 260 do CPP, ou seja, intimação prévia para comparecimento não atendida. As conduções coercitivas para interrogatório têm se disseminado, especialmente no curso da investigação criminal. Representam uma restrição importante a direito individual. Muito embora alegadamente fundada no interesse da investigação criminal, essa restrição severa da liberdade individual não encontra respaldo no ordenamento jurídico. Tenho por suficiente o perigo de lesão grave aos direitos individuais, autorizando o deferimento da medida liminar por decisão unipessoal. Em consequência, a medida liminar merece acolhida. Quanto ao interrogatório na instrução processual, relego a análise para a fase de julgamento. Anoto que esta decisão não tem o condão de desconstituir interrogatórios realizados até a data do presente julgamento, mesmo que o interrogado tenha sido coercitivamente conduzido para o ato. Como procurei destacar, estou reconhecendo a inadequação do tratamento dado ao imputado, não do interrogatório em si. Argumentos internos ao processo, como a violação ao direito ao silêncio, estão sendo refutados. Nesse contexto, não vejo necessidade de debater qualquer relação desta decisão com os casos pretéritos, inexistindo espaço para a modulação dos efeitos da decisão. Ante o exposto, defiro a medida liminar, para vedar a condução coercitiva de investigados para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Requisite-se à Presidência a inclusão no calendário do Pleno para referendo da medida liminar e julgamento de mérito. Comunique-se ao CNMP, CNJ, Polícia Federal e Secretarias de Justiça dos Estados. Publique-se. Int.. Brasília, 18 de dezembro de 2017. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (ADPF 444 MC, Relator(a): Min. GILMAR

MENDES, **julgado em 18/12/2017**, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 31/01/2018 PUBLIC 01/02/2018)

Superior Tribunal de Justiça – STJ

PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. [...] **O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal.** (REsp 1111566/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 04/09/2012)

Para fins de comprovação da autoria delitiva, o fato de o paciente ter mostrado, em audiência de instrução, a sua tatuagem para testemunhas e vítima não incide em reconhecimento de nulidade no feito, pois, embora a defesa alegue que o acusado fora "compelido" a tanto, observa-se que não houve qualquer coação, apenas o réu contribuiu voluntariamente na instrução criminal, não se insurgindo a defesa contra essa ação do acusado na assentada, apenas em sede de alegações finais, de modo que não se vislumbra, portanto, violação ao brocardo do *nemo tenetur se detegere*. [...] (HC 414.800/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017)

Tendo o paciente respondido, voluntariamente, às perguntas formuladas pelo *Parquet* e, não se verificando o emprego de pressão psicológica, ausente violação à garantia do *nemo tenetur se detegere*. [...] (HC 313.330/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 30/08/2016)

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. FURTO QUALIFICADO. DETERMINAÇÃO DE COMPARECIMENTO AO INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA PARA COLHEITA DE IMAGEM. DIREITO AO SILÊNCIO. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOACUSAÇÃO (NEMO TENETUR SE DETEGERE). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. **O direito à liberdade, fundamental e elemento imprescindível à dignidade da pessoa humana, é tutelado pela Magna Carta no caput do art. 5º. Entretanto, apesar de fundamental, não é absoluto, inclusive em face da existência de outros direitos e garantias de mesma natureza que demandam, consequentemente, ponderação de valores, harmonização ou concordância prática. 2. Nesse mesmo diapasão, o direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), ainda que não expresso na Carta Magna, desponta como garantia essencial da pessoa humana, assegurando ao acusado o direito de não produzir provas em seu desfavor. 3. "Nesse aspecto, competindo ao Órgão ministerial formar o convencimento do juiz acerca da materialidade e autoria delitiva aptas a condenação, ficou consagrado o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Apesar da ausência de previsão expressa do princípio da não autoacusação na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, ficou assegurada a presunção de inocência e o direito absoluto de não ser torturado. Contudo, o Pacto de São José da Costa Rica o consagrou como direito fundamental no art. 8º, § 2º, g, dispondo que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo nem a se declarar culpado" (HC 97.509/MG). 4.** A Lei 10.792/03, seguindo esta nova sistemática, alterou o conteúdo do comando normativo do art. 186 do CPP estabelecendo que "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". **5. No caso dos autos, a determinação ao paciente de apresentar-se ao Instituto Criminalística para a fim de submeter-se a perícia de confecção de imagens consiste, indubitavelmente, constrangimento ilegal e inconstitucional, agravada, ainda, pela ameaça concreta à liberdade de locomoção, em face da imposição de pena de prisão na hipótese de negativa de comparecimento em 5 dias**. 6. Ordem concedida para o fim de, expedindo-se salvo conduto, assegurar ao paciente o direito de não ser obrigado a comparecer ao Instituto de Criminalística para fornecer sua imagem. (HC 179.486/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 27/06/2011)

[...] COLHEITA DE MATERIAL. FORNECIMENTO VOLUNTÁRIO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. [...] **Não há falar em ilicitude no fornecimento de material gráfico pelo paciente, uma vez que, tendo comparecido voluntariamente ao Instituto de Criminalística da Polícia Civil, nada obstou a possibilidade de recusa peremptória, o que, todavia, não o fez. O princípio do *nemo tenetur se detegere* não foi, portanto, violado**. [...] (HC 93.874/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010)

O princípio da não autoacusação (*nemo tenetur se detegere*), vinculado ao princípio da ampla defesa, possui status de direito fundamental e está previsto nos incisos LVII e LXIII do art. 5° da CF, bem como no art. 8°, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ao acusado está garantido o direito ao silêncio, bem como o de não produzir provas contra si, incumbindo, portanto, ao Estado a tarefa de comprovar a autoria e materialidade do delito, observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. [...] (HC 130.590/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 17/05/2010)

Esta colenda Quinta Turma, acompanhando entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo. No caso dos autos, não obstante não conste do termo de declarações prestadas pelo paciente que foi advertido do direito de permanecer calado, o certo é que negou a prática delitiva, o que afasta a ocorrência de prejuízos à sua defesa e impede o reconhecimento da eiva suscitada na impetração. Precedentes. [...] (HC 390.773/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017)

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. 5°, 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**;

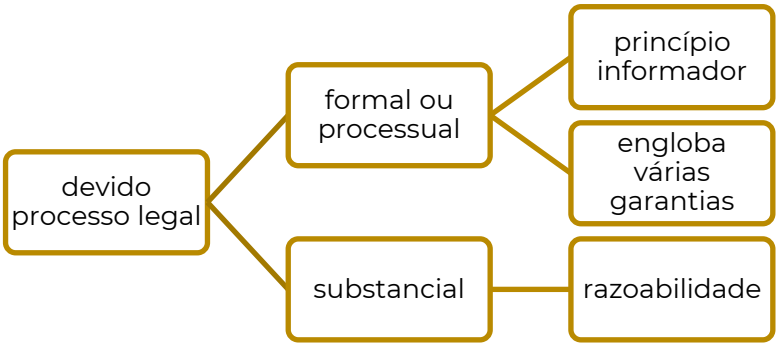
O princípio do devido processo legal, com ênfase ao seu aspecto substancial, é o 'pano de fundo' da proporcionalidade. Explicamos. Por essa concepção, o *devido processo legal* teria duas faces ou aspectos: uma face legal/processual e outra substancial.

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.

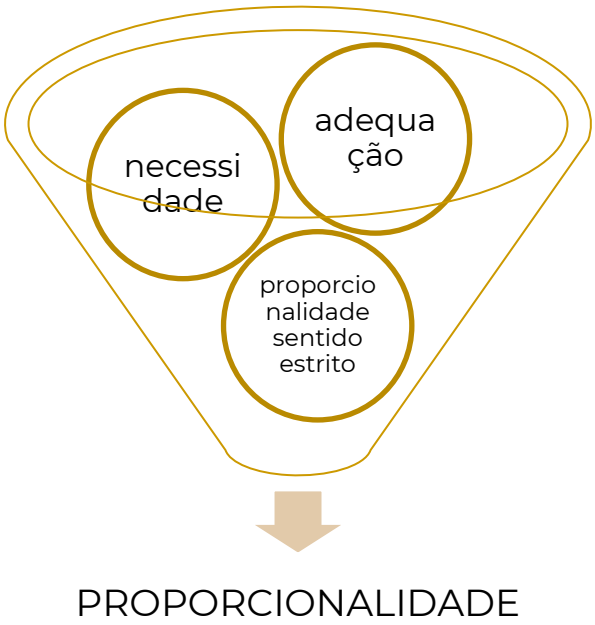


BADARÓ, citando CARLOS ALBERTO DE SIQUEIRA CASTRO e trazendo uma assertiva que nos parece bem esclarecedora ('*papel de termômetro axiológico acerca da justiça das regras de direito*'), escreve:
[...] o *substantive due process* é "capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações (e omissões) do Poder Público. A cláusula erigiu-se, com isso, num requisito de 'razoabilidade' (*rasonableness*) 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 (*reasonabless*) 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 processo of law*), mas, sobretudo, em sua dimensão material (*substantive due processo of law*), que atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do *substantive due processo 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. 2° 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.

Doutrina complementar

RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*Manual de processo penal: volume único*, 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016): "Em sede processual penal, o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Daí a importância do princípio da proporcionalidade, que se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa – adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law*. [...] O princípio da proporcionalidade tem como pressuposto formal o princípio da legalidade, e como pressuposto material o princípio da justificação teleológica". Aprofundando, continua o autor: "Além dos pressupostos da legalidade e da justificação teleológica, o princípio da proporcionalidade também possui requisitos extrínsecos e intrínsecos. Subdividem-se os primeiros nos requisitos da judicialidade e da motivação; os segundos, na adequação (ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por judicialidade compreende-se a exigência que as limitações aos direitos fundamentais somente possam ocorrer por decisão do órgão jurisdicional competente. [...] Quanto à motivação, há de se ter em mente que, em se tratando de decisões das quais resulte, de alguma forma, restrição a direitos fundamentais, será por meio da fundamentação da decisão judicial que se poderá aferir quais os motivos de fato e de direito levados em consideração pelo magistrado para a formação de seu convencimento, permitindo ao cidadão impugnar o ato se o entender inconstitucional ou ilegal. Os requisitos intrínsecos, também denominados de subprincípios da proporcionalidade ou elementos de seu conteúdo, são a adequação (ou idoneidade), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Esses três subprincípios da proporcionalidade são bem sintetizados por Willis Santiago Guerra Filho: 'Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens'".

EDILSON MOUGENOT BONFIM (*Curso de processo penal,* 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012): "Objetiva ser uma restrição às restrições dos direitos fundamentais por parte do Estado. Como o processo penal constantemente necessita contrabalançar valores e princípios que rotineiramente se opõem (ex.: o direito à liberdade do indivíduo e o dever do Estado de punir o culpado), o princípio da proporcionalidade tem grande e variada aplicação no processo penal, ainda que parte da doutrina e da jurisprudência resistam em aceitá-lo". Sobre as modalidades por meio das quais se apresenta esse princípio, sustenta: "Em um primeiro aspecto, sua concretização implica a proibição de que o Estado, ao agir, tanto na posição de acusador quanto na de julgador, pratique, em sua atividade, qualquer excesso. Assim, o princípio da proporcionalidade é também conhecido como princípio da 'proibição do excesso' (do alemão, de onde se origina, literalmente, *Übermassverbot*), na medida em que, a pretexto de combater infrações penais, sejam cometidos excessos na restrição aos direitos fundamentais. [...] Por fim, a outra modalidade do princípio de proporcionalidade — esta praticamente desconhecida na doutrina e jurisprudência nacionais — é a da 'proibição da proteção deficiente' ou princípio da proibição da infraproteção (*Untermassverbot*, dos alemães), pela qual se compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível. Desse modo, assegura-se não somente uma garantia do cidadão perante os excessos do Estado na restrição dos direitos fundamentais (princípio da proibição de excesso) — a chamada 'proteção vertical', na medida em que os cidadãos têm no princípio da proporcionalidade (modalidade proibição de 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)".

GUSTAVO BADARÓ (...): tem posição bastante crítica em relação à indiscriminada aplicação do axioma, "de qualquer forma, nos casos em que é necessário realizar o sopesamento entre princípios – verdadeiros princípios – que colidam no caso concreto, a proporcionalidade é ferramenta para fazê-lo. Na doutrina nacional, tem sido amplamente majoritário o entendimento de que o *princípio* da proporcionalidade é **composto pelos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**. O **juízo de adequação** é um juízo de verificação de uma relação de meio a fim. O meio empregado deve ser apto a realizar o interesse que merece maior proteção. É, pois, uma relação de causalidade entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina. Prevalece o entendimento de que o juízo de adequação não exige que a medida seja efetivamente adequada à realização do objetivo perseguido, bastando que seja apta a fomentar a sua realização. De fato, por se tratar de um prognóstico, dificilmente se poderia ter certeza, de antemão, se uma medida realizará, de fato, tal objetivo. No processo penal, Cuellar-Serrano refere-se à **adequação qualitativa, quantitativa e subjetiva**. As medidas restritivas de direito devem ser qualitativamente aptas para atingir os fins previstos, ou seja, serem idôneas por sua natureza ao atingimento da finalidade proposta. Uma medida é qualitativamente apta para atingir o fim, quando a natureza da medida é compatível com a natureza do fim. Já a adequação quantitativa diz respeito à duração ou intensidade da medida, que devem ser condizentes com a finalidade a ser alcançada. Por fim, a adequação subjetiva exige que a medida seja dirigida a um indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias a serem exigíveis para ser atuada. Um segundo passo ou etapa na aplicação da regra da proporcionalidade é o **juízo de necessidade** da medida. O que se busca é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o mínimo possível, ou, como diz Canotilho, *o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível*. Por essa razão, a necessidade enquanto subprincípio da proporcionalidade também é denominada *princípio da menor ingerência possível* ou *da intervenção mínima*. O exame de necessidade é um juízo de comparação entre as diversas medidas que tenham se mostrado adequadas ao atingimento da finalidade de proteção ou realização do direito fundamental. Nesse sentido, o exame da adequação e o da necessidade são diferentes: 'Enquanto o teste de adequação é absoluto e linear, ou seja, se refere pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim'. Para o exame da necessidade é fundamental a eficiência da medida, embora não se deva buscar apenas qual a medida mais eficiente. Nessa etapa se deve buscar, entre as medidas eficientes, se 'há medidas tão eficientes quanto, mas que restrinjam menos o direito afetado'. Em outras palavras, um meio é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim pretendido, sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados. Por fim, no tocante à

proporcionalidade em sentido estrito, no dizer de Sarlet, *exige-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, examinando, em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas da sua utilização*. Aplica-se, pois, a lei do sopesamento na colisão de direitos fundamentais, segundo a qual *quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*. Finalmente, cabe lembrar a explicação de Alexy: *A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas*. [...] Para encerrar esta breve análise da proporcionalidade, cabe reproduzir a crítica ao seu equivocado emprego no processo penal, citando as palavras de Eros Grau, em voto proferido no STF, criticando a banalização do "princípio" da proporcionalidade: *No caso em que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido em máxima segundo a qual 'não há direitos absolutos'. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo de séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor, não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas, com nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que devia acudir-nos. Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da 'necessária atividade persecutória do Estado', a 'supremacia do interesse público sobre o individual'. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo – não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente – não tem lugar em matéria penal e processual penal. Essa Corte ensina (HC 80.23, rel. Min. Ilmar Galvão) que a interpretação sistemática da Constituição 'leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar'. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta a supressão. A nos afastarmos disso, retornaremos à barbárie*".

Jurisprudência pertinente

Supremo Tribunal Federal – STF

Em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a prisão preventiva é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais (HC 106446, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 20/9/2011; HC 114098 Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 12/12/2012).

PENAL E PROCESSO. DENÚNCIA. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA EM PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. PREJUDICIAL: PRESCRIÇÃO PELA PENA EM ABSTRATO. INOCORRÊNCIA. NATUREZA PÚBLICA, E NÃO PRIVADA, DO DOCUMENTO. PRECEDENTES. MÉRITO. CRIME DE CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO FORMULADO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. ACOLHIMENTO. DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. AUSENTE DEMONSTRAÇÃO MÍNIMA DO ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO TIPO DO ART. 299 DO CÓDIGO PENAL. IRRELEVÂNCIA DOS EQUÍVOCOS NO CONJUNTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS, QUE NÃO COMPROMETEM SEU RESULTADO. VIOLAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA CARACTERIZAÇÃO DAS INCORREÇÕES COMO FATO CRIMINOSO. AUSÊNCIA DE DOLO. NEGLIGÊNCIA NÃO PUNÍVEL. DENÚNCIA REJEITADA. [...] É que, das incorreções narradas na denúncia, apenas duas ficaram caracterizadas: uma omissão de um pequeno serviço prestado por um cabo eleitoral (colocação de uma placa), cuja contraprestação foi o abastecimento do veículo com cinco litros de combustível; e uma declaração de um serviço, também por pessoa física, que não teria sido prestado, no valor total de quinhentos reais. 4. **In casu, os valores absolutos revelam-se ínfimos (menos de seiscentos reais ficaram demonstrados), de importância**

absolutamente irrelevante, de modo que feriria o princípio da proporcionalidade caracterizar estas pequenas e isoladas incorreções como fato criminoso e imputá-las ao acusado a título doloso, conclusão esta que se evidencia pelo fato de as pessoas físicas mencionadas na denúncia não possuírem vínculo, direto ou indireto, com o acusado ou sua família, tampouco revelarem qualquer tipo de interesse financeiro ou político na eleição do denunciado para o cargo de Deputado Federal. [...] (Inq 3128, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 14-10-2015 PUBLIC 15-10-2015)

A razoável duração do processo não pode ser considerada de maneira isolada e descontextualizada das peculiaridades do caso concreto. Na espécie, não configurado o alegado excesso de prazo, até porque a melhor compreensão do princípio constitucional aponta para "processo sem dilações indevidas", em que a demora na tramitação do feito há de guardar proporcionalidade com a complexidade do delito nele veiculado e as diligências e os meios de prova indispensáveis a seu deslinde. [...] (HC 116029, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 04/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 25-02-2014 PUBLIC 26-02-2014)

Superior Tribunal de Justiça – STJ

O constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto. [...] (HC 415.523/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017)

Na espécie, a Magistrada considerou que a manutenção de algumas medidas cautelares diversas da prisão, entre elas o monitoramento eletrônico, aplicadas por ocasião da audiência de custódia, seriam suficientes e adequadas para o caso, em atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, notadamente por se tratar de réu multirreincidente. Precedentes. [...] (RHC 86.107/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 01/12/2017)

É plenamente possível que, embora presentes os motivos ou os requisitos que tornariam cabível a prisão preventiva, o juiz - à luz do princípio da proporcionalidade e das novas alternativas fornecidas pela Lei n. 12.403/2011 - considere a opção por uma ou mais das medidas indicadas no art. 319 do Código de Processo Penal o meio suficiente e adequado para obter o mesmo resultado - a proteção do bem jurídico sob ameaça - de forma menos gravosa. [...] (HC 401.464/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)

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, *caput*; 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, *caput*), devendo o acusado preso ser tratado de forma condizente com o *status* 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 *anteriormente* 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 *previamente* 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 *ex officio* 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 livremente e em particular com ele* (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, *caput*)	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 *não deverá constituir regra geral*" (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 formuladas contra ele (art. 9º, 2)	Garantia de que toda pessoa seja informada das razões de sua prisão, sendo notificada, sem demora, 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 *conduzido*, sem demora, à presença de um magistrado (art. 9º, 3, 1ª parte)	Garantia do preso ser *apresentado*, 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 *habeas corpus* (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, *in fine*)	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 *prazo razoável* 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 mantença (*sic*) 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*)

Doutrina complementar

NORBERTO AVENA: "O **princípio *ne procedat judex ex officio*** concretiza a regra da inércia da jurisdição e produz consequências práticas importantes em relação ao desencadeamento da ação penal, ao desenvolvimento válido do processo e, inclusive, no que concerne à fase recursal. No âmbito do processo civil, este postulado é conhecido como princípio dispositivo. O primeiro enfoque da aplicação do *ne procedat judex ex officio* refere-se ao início da ação penal, que fica condicionado à iniciativa do Ministério Público nos crimes de ação penal pública, e do ofendido nos delitos de ação penal privada, sem prejuízo, quanto a este último, do ingresso de ação penal privada subsidiária da pública nos termos do art. 29 do CPP. Isto importa dizer que o juiz não poderá iniciar o processo criminal sem que haja provocação dos respectivos legitimados. Sob a égide da Constituição Federal de 1967, tal princípio não era absoluto, sendo ressalvado pela possibilidade de o juiz iniciar *ex officio* o processo das contravenções penais, conforme autorizado pelo art. 26 do CPP. Esse procedimento, que era denominado de **judicialiforme**, não foi, contudo, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que disciplinou a legitimação privativa do Ministério Público para a ação penal pública (art. 129, I, da CF). Em consequência, restou extinta a sua aplicação nos dias atuais. [...] **Princípio da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais**. A exigência de motivação das decisões judiciais, inscrita no art. 93, IX, da Constituição Federal e no art. 381 do Código de Processo Penal, é atributo constitucional-processual que possibilita às partes a impugnação das decisões tomadas no âmbito do Poder Judiciário, conferindo, ainda, à sociedade a garantia de que essas deliberações não resultam de posturas arbitrárias, mas sim de um julgamento imparcial, realizado de acordo com a lei. O princípio guarda correspondência com o sistema do livre convencimento do juiz. Este, adotado no art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, faculta ao magistrado, salvo exceções legalmente previstas (como é o caso da morte do réu, que apenas pode ser comprovada por meio de certidão de óbito, nos termos do art. 62 do CPP), valorar com liberdade a prova coligida, sempre buscando aproximar-se da verdade como os fatos realmente se passaram. Ora, na medida em que há essa liberdade valorativa, a exigência de motivação surge como corolário necessário do Estado de Direito, impedindo ou ao menos dificultando a prolação de decisões arbitrárias ou à margem da lei, pois os juízes e tribunais, ao exará-las, estarão cientes de que tanto a deficiência de motivação quanto a fundamentação errônea (*error in judicando*) ou arbitrária (*error in procedendo*) poderão, em grau de recurso, conduzir à reforma ou até mesmo à nulificação do julgado pelas instâncias superiores. [...] Sem embargo de tudo isso, é necessário ressaltar que o princípio da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais não é absoluto, pois existem determinadas situações em que resta mitigado, como é o caso do recebimento da denúncia e da queixa. A respeito, inúmeros julgamentos do STF têm considerado que não se exige que o ato de recebimento da denúncia seja fundamentado. Considera-se, para tanto, que o ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público não se qualifica nem se equipara, para os fins a que se refere o art. 93, inciso IX, da Constituição, a ato de caráter decisório, razão pela qual não reclama a motivação como condicionante de sua validade (HC 93.056/PE, DJ 15.05.2009). [...] **Princípio da imparcialidade do juiz**. Significa que o magistrado, situando-se no vértice da relação processual triangulada entre ele, a acusação e a defesa, deve possuir capacidade objetiva e subjetiva para solucionar a demanda, vale dizer, julgar de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise das provas do processo. Visando a garantir essa imparcialidade, a Constituição Federal estabelece ao magistrado as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (art. 95), proibindo, ainda, juízo ou tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII). Em determinados casos, a lei presume a parcialidade do magistrado, impondo-lhe que se afaste da causa. Tal ocorre nas situações de impedimento e suspeição. As causas de impedimento, também consideradas como ensejadoras da incapacidade objetiva do juiz, encontram-se arroladas no art. 252 do Código de Processo Penal. Trata-se de situações específicas e determinadas, que impõem a presunção absoluta (*jure et jure*) de parcialidade. Já as causas de suspeição, rotuladas também como motivos de incapacidade subjetiva do juiz, estão previstas no art. 254 do Código de Processo Penal. [...] **Princípio da isonomia processual**. As partes, em juízo, devem contar com as mesmas oportunidades e ser tratadas de forma igualitária. Tal princípio constitui-se desdobramento da garantia constitucional assegurada no art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal, ao dispor que todas as pessoas serão iguais perante a lei em direitos e obrigações. Não obstante o sistema constitucional vigente seja proibitivo de discriminações, em determinadas hipóteses é flexibilizado o princípio da igualdade. ALEXANDRE DE MORAES, sobre o tema, refere que 'a desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a

pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente, por isso, uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado'. É o caso do **princípio *favor rei***, segundo o qual o interesse do acusado tem prevalência sobre a pretensão punitiva estatal e que se encontra cristalizado em vários dispositivos do Código de Processo Penal, como por exemplo, no art. 386, VII, estatuindo a absolvição do réu por insuficiência de provas, e no art. 621, inserindo a possibilidade de o condenado promover revisão criminal dos processos findos quando condenatória a decisão, possibilidade esta inexistente para acusação em relação ao decisum absolutório (revisão *pro societate*, vedada em nosso ordenamento). [...] O **princípio do duplo grau de jurisdição**, que se concretiza mediante a interposição de recursos, decorre da necessidade de possibilitar determinados órgãos do Poder Judiciário a revisão de decisões proferidas por juízes ou tribunais sujeitos à sua jurisdição. Embora inexista previsão expressa desse princípio em seu texto, a Constituição Federal incorpora-o de forma implícita, ao estabelecer, por exemplo, as regras de competência dos órgãos do Poder Judiciário (v.g., arts. 102, II e III, e 105, II e III). Sem embargo, existem determinadas situações que ressalvam a regra geral do duplo grau. É o caso da denegação da suspensão do processo em razão de questão prejudicial (art. 93, § 2.º, do CPP), da admissão ou inadmissão do assistente de acusação (art. 273 do CPP), da improcedência das exceções de incompetência, litispendência, coisa julgada e ilegitimidade de parte (contrario sensu ao art. 581, III, do CPP) e, no âmbito do STF, das decisões acerca da inexistência de repercussão geral dos temas constitucionais abordados em sede de recurso extraordinário, que, conforme se infere dos arts. 102, § 3.º, da CF; 1.035, caput, do CPC/2015 e 326 do Regimento Interno do STF, são irrecorríveis. O duplo grau de jurisdição tem sido largamente utilizado como fundamento para a sustentação de inconstitucionalidade de dispositivos processuais. Em razão deste princípio, por exemplo, é que foi revogado pela Lei 12.403/2011 o art. 595 do CPP, que dispunha ser deserta a apelação do réu que fugisse depois de haver apelado. Também em face do duplo grau de jurisdição é que a maioria da jurisprudência pátria tem compreendido que a ausência de razões não constitui óbice ao conhecimento do recurso da defesa. Ainda, visando a assegurar a efetividade dessa garantia, não exige a lei o preparo (pagamento antecipado das custas) do recurso ao réu. Note-se que esta garantia não dispensa qualquer das partes, acusação ou defesa, de observar, nos recursos que ingressarem, os pressupostos gerais de admissibilidade (cabimento, tempestividade, forma, interesse e legitimidade) e, se houver, os pressupostos específicos (v.g., a demonstração da repercussão geral do tema constitucional, no caso de recurso extraordinário – art. 102, § 3.º, da CF). A respeito, já se pronunciaram os Tribunais Superiores, observando que 'a legislação Processual Penal não deixa de estabelecer requisitos para a interposição dos recursos cabíveis e isso não significa, nem assim já se afirmou, qualquer ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição (arts. 586 e 593 do CPP)'. [...] – **Princípio da legalidade ou obrigatoriedade**: os órgãos aos quais é atribuída a persecução penal não possuem poderes discricionários para agir ou deixar de agir em determinadas situações segundo critérios de conveniência e oportunidade. Destarte, tratando-se de crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada (neste último caso, desde que presentes a representação do ofendido ou a requisição do ministro da justiça, conforme a hipótese), a autoridade policial possui a obrigação de instaurar o inquérito policial sempre que tomar conhecimento acerca da ocorrência de um crime. Também o Ministério Público está obrigado ao ajuizamento da ação pública quando dispuser dos elementos necessários a essa finalidade. O princípio, evidentemente, não se aplica aos crimes de ação penal privada, pois quanto a estes vigora o **princípio da oportunidade**, cabendo aos legitimados decidirem sobre a conveniência ou não do ajuizamento da ação penal. – **Princípio da oficiosidade**: trata-se de desdobramento da legalidade, significando que a autoridade policial e o Ministério Público devem agir *ex officio* visando à apuração dos crimes de ação penal pública, não devendo, salvo as hipóteses que exigem representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, aguardar a provocação de eventuais interessados (arts. 5.º, §§ 4.º e 5.º, e 24 do CPP). – **Princípio do impulso oficial**: uma vez instaurado o processo criminal, o juiz, de ofício, ao encerrar cada etapa procedimental, deve determinar que se passe à seguinte, sem que, para esse fim, seja necessário requerimento das partes. Justifica-se o princípio na circunstância de que ao Estado compete o *jus puniendi*, sendo que o seu interesse em exercê-lo independe de ser titular da ação penal o Ministério Público ou o particular. –

Princípio da oficialidade: possui fundamento legal nos arts. 129, I, e 144, § 4.º, ambos da Constituição Federal, bem como no art. 4.º do CPP. Importa, no sistema vigente, em atribuir a determinados órgãos do Estado a apuração de fatos delituosos (persecução penal), bem como a aplicação da pena que vier, eventualmente, a ser fixada. Assim, à autoridade policial e ao Ministério Público incumbirá a atividade persecutória, enquanto aos órgãos do Poder Judiciário caberá a prestação da jurisdição penal, todos, como se vê, órgãos públicos. O princípio é mitigado no caso de ação penal privada e de ação penal popular, esta última prevista na Lei 1.079/1950, a qual permite a todo cidadão apresentar denúncia contra o Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do STF e Procurador-Geral da República, os dois primeiros perante a Câmara dos Deputados e os demais perante o Senado Federal, em relação a crimes de responsabilidade que vierem a cometer (sobre a ação penal popular, remetemos o leitor ao capítulo 5, tópico 5.9.1, em que tratamos do assunto com mais vagar). – **Princípio da indisponibilidade**: Consagrado em vários dispositivos do Código de Processo Penal, *ad exemplum*, o art. 17, que veda à autoridade policial promover o arquivamento do inquérito policial; o art. 42, que estabelece que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal pública, e o art. 576, que impede o Ministério Público de desistir do recurso que haja interposto. Ao particular que ingressar com queixa-crime nos delitos de ação penal privada ou que deduzir recursos não se aplica o princípio em exame. Na atualidade, a indisponibilidade encontra-se ressalvada pela Lei 9.099/1995, ao permitir a transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo (contravenções e crimes cuja pena máxima *in abstracto* não ultrapasse dois anos de prisão, cumulada ou não com multa). – **Princípio da identidade física do juiz**: em sentido estrito, este princípio consiste na vinculação obrigatória do juiz aos processos cuja instrução tenha iniciado, não podendo o processo ser sentenciado por magistrado distinto. Com a alteração introduzida pela Lei 11.719/2008 ao Código de Processo Penal, tal princípio restou consagrado em nível infraconstitucional por meio do art. 399, § 2.º, estabelecendo que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Apesar do caráter cogente aparentemente incorporado a essa norma, é evidente que, sob pena de graves prejuízos à instrução criminal, à celeridade e economia processual e à efetividade do processo penal, deve-se ressalvar de sua incidência situações excepcionais relacionadas à impossibilidade temporária ou definitiva de permanecer o Juiz oficiando no processo, muito especialmente aquelas em que tiver sido ele convocado para atuar junto aos tribunais, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que o seu sucessor assumirá o impulso e julgamento do processo criminal. Confirmando este entendimento, já decidiu o STJ que 'não há ofensa ao art. 399, § 2.º, do CPP, que estatui que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença – identidade física –, na hipótese de juíza substituta tomar os depoimentos das testemunhas de acusação e, posteriormente, ser sucedida pela juíza titular que prosseguiu com a audiência, ouvindo as testemunhas de defesa e proferindo sentença de mérito que condenou o impetrante'. [...] – **Princípio do *in dubio pro reo* ou *favor rei***: por meio deste princípio, privilegia-se a garantia da liberdade em detrimento da pretensão punitiva do Estado. Apenas diante de certeza quanto à responsabilização penal do acusado pelo fato praticado é que poderá operar-se a condenação. Havendo dúvidas, re-solver-se-á esta em favor do acusado. Ao dispor que o juiz absolverá o réu quando não houver provas suficientes para a condenação, o art. 386, VII, do CPP agasalha, implicitamente, tal princípio. Mitiga-se o princípio, a nosso ver, quando se tratar de decisão do Conselho de Sentença por ocasião dos julgamentos pelo júri. É que, em casos tais, os jurados decidem por sua íntima convicção, decorrendo eventual condenação não apenas da prova dos autos, mas, sobretudo, de seu conhecimento pessoal sobre os fatos e elementos, como cultura, costumes locais, realidade social etc. Além disso, sendo o voto secreto e despido de fundamentação, não há como detectar se a decisão condenatória adotada pela maioria do corpo de jurados foi ou não proferida a partir de dúvidas existentes, subjetivamente, em cada um de seus membros. [...] outras hipóteses existem na legislação, nas quais resta o mesmo afastado. É o caso, por exemplo, da decisão de pronúncia, adotando-se, neste momento, o *in dubio pro societate*. Em síntese, não havendo certeza absoluta quanto ao agir do réu sob o amparo de causas que excluam o crime ou isentem-no de pena, deverá o juiz submetê-lo a julgamento pelo júri, vedando-se a absolvição sumária fulcrada no art. 415 do CPP. [...] – **Princípio *ne bis in idem***: *ne bis in idem*, na atualidade, é considerado um princípio geral de direito, que consiste na proibição de que o réu seja julgado novamente por fato que já foi apreciado pelo Poder Judiciário. Não está previsto expressamente na Constituição Federal. Apesar disso, sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio vem 'complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar' (STF, HC 80.263/SP, DJ 27.06.2003). Perceba-se que este princípio foi incorporado à Convenção Americana de

Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica, inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 678/1992), que assim dispõe no art. 8, n.º 4: 'O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos'.

EUGÊNIO PACELLI: **vedação de revisão *pro societate***. Este princípio, cuja força normativa já era decorrência do sistema de garantias constitucionais da Carta de 1988, passou a receber tratamento legislativo expresso com a sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 678/92, do chamado Pacto de San José da Costa Rica, resultante da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 4). Com os olhos postos na necessidade de segurança jurídica e no adequado e regular funcionamento das instituições públicas responsáveis pela administração da Justiça, a vedação de revisão para a sociedade impede que alguém possa ser julgado mais de uma vez por fato do qual já tenha sido absolvido, por decisão passada em julgado.[10] Isso ocorrerá ainda que a aludida absolvição tenha ocorrido em razão de erro judiciário no julgamento, decorrente de equívoco na apreciação das provas e dos fatos, por injustiça ou qualquer outro vício possível, incluindo incompetência absoluta. A razão de ser da vedação da revisão *pro societate* fundamenta-se na necessidade de se preservar o cidadão sob acusação de possíveis desacertos – escusáveis ou não –, encontráveis na atividade persecutória penal, atuando o princípio, também, como garantia de maior acuidade e zelo dos órgãos estatais no desempenho de suas funções (administrativas, investigatórias, judiciárias e acusatórias). [...] Nesse campo, o que deve orientar a aplicação do direito é a proteção do jurisdicionado contra a ineficiência e o abuso da atividade estatal. O princípio atua, pois, como norma de controle das atividades do Poder Público, de modo a garantir que somente uma persecução penal fundada em provas seguras possa ser instaurada. Na dúvida ou na insuficiência do material probatório, o caminho deve ser sempre o arquivamento do inquérito ou das peças de informação".

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. 1°, contemplando as ressalvas ao longo de seus incisos e, por fim, exceção à exceção no parágrafo único:

> Art. 1°. **O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código**, ressalvados:
>
> I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional;

[10] A isso se chama de *coisa julgada* ***absoluta*** no processo penal. A ***relativa*** se dá em relação a condenações transitadas em julgado, que podem ser desconstituídas por revisão criminal.

> 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, § 2°, 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 n°s. 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. 7° 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. 1°, 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.

Doutrina complementar

EDILSON MOUGENOT BONFIM (*Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012) sustenta: "O direito processual, entretanto, liga-se com muito mais intensidade ao território de seu Estado de origem. De fato, já observamos anteriormente que o direito processual pode ser encarado como um conjunto de normas destinado a instrumentalizar o exercício do poder soberano do Estado (especificamente, sua parcela consubstanciada na jurisdição). Assim, a possibilidade de aplicação da lei processual de um Estado dentro dos limites territoriais de outro representaria, de certa forma, afronta à soberania de um Estado por outro. Portanto, as normas que disciplinam o exercício do poder em determinado Estado, em regra, não terão vigência fora dos seus limites territoriais. Vige, no âmbito específico do direito processual, o **princípio da territorialidade** (*lex fori*). [...] Destaque-se apenas: pela aplicação do princípio da territorialidade, não ficam excluídos da apreciação pelo Poder Judiciário brasileiro os crimes ocorridos no estrangeiro. O princípio aplicar-se-á sempre que o processo penal tramitar em território brasileiro, pouco importando se o fato nele discutido ocorreu total ou parcialmente no estrangeiro". [...] Ainda, destaca: "Como verdadeiras exceções ao princípio da territorialidade, a doutrina aponta somente aquelas situações em que efetivamente ocorrem processos sobre causas de natureza penal, dentro de determinado Estado, conduzido por autoridades de Estado diverso. É o caso dos tribunais estatuídos em tempo de guerra, por exemplo, para o julgamento de fatos em que sejam parte nacionais de determinado Estado estrangeiro. Trata-se, entretanto, de hipóteses em que a soberania de um Estado efetivamente sobrepõe, em certos casos, o poder do Estado em que esses julgamentos são realizados. As raríssimas exceções vêm, afinal, reforçar a regra da territorialidade, demonstrando o elevado grau de relação entre o processo e o poder".

AURY LOPES JR. (Direito *processual penal*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 246): "Eventualmente no campo teórico (especialmente nas pirotecnias surreais que costumam produzir-se em alguns concursos públicos), criam-se complexas questões envolvendo a prática de atos processuais no exterior, como, por exemplo, o cumprimento de uma carta rogatória. Em síntese, o questionamento é: **ainda que realizado no exterior, o ato processual (a oitiva de uma testemunha, vítima etc.) deve observar a forma e o ritual exigido pelo nosso CPP?** Se for praticado de outra forma, segundo as regras do sistema daquele país, o ato é nulo? A resposta é **não**. **O ato processual será realizado naquele país segundo as regras lá vigentes**. Não têm nossas leis processuais penais extraterritorialidade, para regrar os atos praticados fora do território nacional. Tampouco há que se falar de nulidade. Ao necessitar da cooperação internacional, deve o País conformar-se com a forma como é exercido, lá, o poder jurisdicional".

RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*Manual de processo penal: volume único*, 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016): "Enquanto à lei penal aplica-se o princípio da territorialidade (CP, art. 5º) e da extraterritorialidade incondicionada e condicionada (CP, art. 7º), o Código de Processo Penal adota o princípio da territorialidade ou da *lex fori*. E isso por um motivo óbvio: a atividade jurisdicional é um dos aspectos da soberania nacional, logo, não pode ser exercida além das fronteiras do respectivo Estado.

Jurisprudência pertinente

Superior Tribunal de Justiça – STJ

Como se sabe, **o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistêmica, não se podendo excluir, notadamente em se tratando de direito internacional, outros diplomas legais necessários à correta compreensão e interpretação dos temas postos em discussão, mostrando-se, assim, totalmente incabível e despropositado, ignorar-se a existência de Acordo de Assistência Judiciária celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos da América, regularmente introduzido no direito pátrio mediante o Decreto 3.810/2001, e que permite a obtenção de diligências diretamente por meio das Autoridades Centrais designadas**. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DE MAGISTRADO BRASILEIRO PARA AUTORIZAR A QUEBRA DE SIGILO DE CONTA BANCÁRIA SITUADA NO EXTERIOR. PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE. POSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO DA MEDIDA PELA JUSTIÇA BRASILEIRA. EXECUÇÃO DEPENDENTE DA AQUIESCÊNCIA DO ESTADO ESTRANGEIRO. EXISTÊNCIA DE ACORDO ENTRE OS GOVERNOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. [...] (HC 147.375/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 19/12/2011)

[...] COMPARTILHAMENTO DAS PROVAS OBTIDAS COM A JUSTIÇA BRASILEIRA MEDIANTE ACORDO DE COOPERAÇÃO ENTRE OS PAÍSES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. A competência internacional é regulada ou pelo direito internacional ou pelas regras internas de determinado país acerca da matéria, tendo por fontes os costumes, os tratados normativos e outras regras de direito internacional. 2. **Em matéria penal adota-se, em regra, o princípio da territorialidade, desenvolvendo-se na justiça pátria o processo e os respectivos incidentes, não se podendo olvidar, outrossim, de eventuais tratados ou outras normas internacionais a que o país tenha aderido, nos termos dos artigos 1º do Código de Processo Penal e 5º, caput, do Código Penal. Doutrina. 3. No caso dos autos, inexiste qualquer ilegalidade na quebra do sigilo bancário dos acusados, uma vez que a medida foi realizada para a obtenção de provas em investigação em curso nos Estados Unidos da América, tendo sido implementada de acordo com as normas do ordenamento jurídico lá vigente, sendo certo que a documentação referente ao resultado da medida invasiva foi posteriormente compartilhada com o Brasil por meio de acordo existente entre os países**. [...] (HC 231.633/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014)

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?

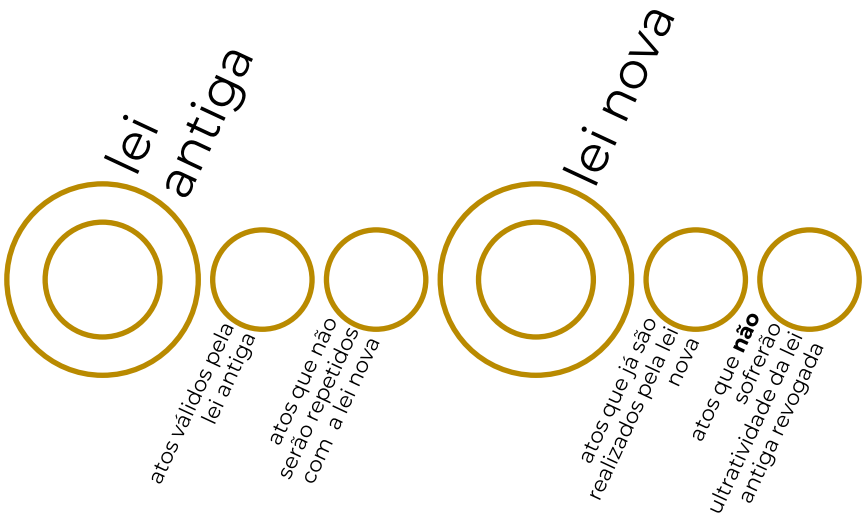
A disciplina do tema é trazida pelo artigo 2º do CPP:

> 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.°, 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.° 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: *tempos 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.

Doutrina complementar

EDILSON MOUGENOT BONFIM (*Curso de processo penal,* 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.): "Assim, o art. 2º do Código de Processo Penal determina que a lei processual penal *aplicar-se-á desde logo*. É a consubstanciação *do princípio da imediata aplicação da norma processual penal*. Pelo **princípio da aplicação imediata**, em processos já em andamento, os atos cuja prática ainda não se tenha iniciado serão praticados já sob a disciplina da nova legislação. Os atos já findos, bem como aqueles que já estejam sendo praticados, não serão afetados. Não tem, portanto, a lei processual penal efeito retroativo, já que não alcança os fatos jurídicos passados". Ao tratar sobre as possibilidades de exceção à aplicação imediata da lei processual penal, assevera: "pode ocorrer exceção ao princípio da imediata aplicação da lei processual penal quando a própria lei assim o previr, conferindo ultra-atividade a lei anterior. [...] Outra importante regra que excepciona a imediata aplicação da lei é o art. 3º da LICPP: *O prazo já iniciado, inclusive o estabelecido para a interposição de recurso, será regulado pela lei anterior, se esta não prescrever prazo menor do que o fixado no Código de Processo Penal*". Por fim, registra o autor: "O entendimento majoritário é no sentido de que não importará, no caso da lei processual penal, que a nova legislação seja mais gravosa ao acusado, em face do princípio *tempus regit actum* (o tempo rege o ato), do qual *deflui o princípio da aplicação imediata*. Parte da doutrina, entretanto, estende os princípios informadores da aplicação das normas penais materiais — entre os quais o da aplicação da lei mais benéfica — também às leis processuais que atinjam o *status libertatis* do réu, em uma concepção garantista do processo penal".

AURY LOPES JR. (Direito *processual penal*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 247), sintetiza acerca da necessidade de adequação constitucional dessa matéria eminentemente processual: "(Re)Leitura Constitucional do Princípio da Imediatidade: o art. 2º do CPP deve ser lido à luz do art. 5º, XL, da CB. Não se pode pensar o direito penal desconectado do processo penal e vice-versa, devendo ser feita uma análise à luz do sistema penal. O gênero 'lei penal' abrange as espécies lei penal material e lei penal processual, regidas pelo mesmo princípio constitucional da irretroatividade da lei mais gravosa e retroatividade da lei mais benigna. O caráter mais benigno ou mais gravoso é feito a partir da ampliação ou compressão da esfera de proteção constitucional. As normas meramente procedimentais, que não impliquem aumento ou diminuição de garantias, são consideradas de conteúdo neutro, sendo regidas, então, pelo princípio da imediatidade".

GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*Manual de processo penal e execução penal,* 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015) assevera, a título de regra geral: "Aplica-se a lei processual penal tão logo entra em vigor e, usualmente, quando é editada, não possui *vacatio legis* (período próprio para o conhecimento do conteúdo de uma norma pela sociedade em geral, antes de entrar em vigor) por se tratar de norma que não implica a criminalização de condutas". Em seguida, expõe sobre a peculiaridade das normas processuais penais materiais: "São aquelas que, apesar de estarem no contexto do processo penal, regendo atos praticados pelas partes durante a investigação policial ou durante o trâmite processual, têm forte conteúdo de Direito Penal. E referido conteúdo é extraído da sua inter-relação com as normas de direito material, isto é, são normalmente institutos mistos, previstos no Código de Processo Penal, mas também no Código Penal, tal como ocorre com a perempção, o perdão, a renúncia, a decadência, entre outros. Uma vez que as regras sejam modificadas, quanto a um deles, podem existir reflexos incontestes no campo do Direito Penal. Imagine-se que uma lei crie nova causa de perempção. Apesar de dizer respeito a situações futuras, é possível que, em determinado caso concreto, o querelado seja beneficiado pela norma processual penal recém-criada. Deve ela ser retroativa para o fim de extinguir a punibilidade do acusado, pois é nítido o seu efeito no direito material (art. 107, IV, CP). Além dos institutos com dupla previsão (penal e processual penal), existem aqueles vinculados à prisão do réu, devendo ser considerados normas processuais penais materiais, uma vez que se referem à liberdade do indivíduo. A finalidade precípua do processo penal é garantir a correta aplicação da lei penal, permitindo que a culpa seja apurada com amplas garantias para o acusado, não tendo cabimento cuidar-se da *prisão cautelar* totalmente dissociada do contexto de direito material".

FERNANDO CAPEZ (*Curso de processo penal,* 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005): "A lei processual não se interessa pela data em que o fato foi praticado. Pouco importa se cometido antes ou depois de sua entrada em vigor, pois ela retroage e o alcança, ainda que mais severa, ou seja, mesmo que prejudique a

situação do agente. Incide imediatamente sobre o processo, alcançando-o na fase em que se encontrar. O ato processual é regido pela lei processual que estiver em vigor naquele dia, ainda que seja mais gravosa do que a anterior e mesmo que o fato que deu ensejo ao processo tenha sido cometido antes de sua vigência. [...] Na hipóteses de a lei ter conteúdo penal, o panorama torna-se completamente diverso: só interessa a data do fato. Se anterior à lei, esta só poderá retroagir em seu benefício; se posterior, a lei o alcança, seja benéfica ou prejudicial".

Jurisprudência pertinente

Supremo Tribunal Federal – STF

A **modificação superveniente de competência não importa em nulidade dos atos processuais até então praticados. Precedentes. Pelo princípio do tempus regit actum, são válidos os atos processuais praticados ao tempo em que o juízo de primeiro grau era competente, dentre os quais o recebimento da denúncia, prosseguindo-se a ação penal a partir da fase processual em que se encontra**. [...] (AP 914 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 08/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 29-03-2016 PUBLIC 30-03-2016 REPUBLICAÇÃO: DJe-091 DIVULG 05-05-2016 PUBLIC 06-05-2016)

Nos termos da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do INQ 571, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, a alteração da competência inicial em face de posterior diplomação do réu não invalida os atos regularmente praticados, devendo o feito prosseguir da fase em que se encontre, em homenagem ao princípio tempus regit actum (Inq 1459, Rel. Min. Ilmar Galvão). [...] (AP 905 QO, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 21-03-2016 PUBLIC 22-03-2016)

O interrogatório da paciente ocorreu em data anterior à publicação da Lei 11.719/2008, o que, pela aplicação do princípio do tempus regit actum, exclui a obrigatoriedade de renovação do ato validamente praticado sob a vigência de lei anterior. (RHC 120468, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 25-03-2014 PUBLIC 26-03-2014)

A lei processual possui aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 2° do CPP ("Art. 2°. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior"). 2. A Lei 11.689/08 é aplicada aos processos futuros e também aos processos em curso, ainda que estes tenham como objeto fato criminoso anterior ao início da vigência da própria Lei 11.689/09 ou, ainda, da Lei n. 9.271/96, que, alterando artigo 366 do CPP, estabeleceu a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional em relação ao réu que, citado por edital, não compareceu em juízo. A nova norma processual tem aplicação imediata, preservando-se os atos praticados ao tempo da lei anterior (tempus regit actum). Precedentes: HC 113.723, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 04.12.13 e RHC 108.070, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 05.10.12). [...] (RHC 115563, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 27-03-2014 PUBLIC 28-03-2014)

Nos termos do art. 2° do Código de Processo Penal, a lei adjetiva penal tem eficácia imediata, preservando-se os atos praticados anteriormente à sua vigência, isso porque vigora, no processo penal, o princípio "tempus regit actum" segundo o qual são plenamente válidos os atos processuais praticados sob a vigência de lei anterior, uma vez que as normas processuais penais não possuem efeito retroativo. IV – A Lei 12.322/2010, que dispôs sobre a nova sistemática do agravo contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial, entrou em vigor 90 dias após a sua publicação, no dia 09/12/2010. Lei cuja aplicação não pode ocorrer de forma retroativa. Precedentes. V – Agravo regimental desprovido. (AI 853545 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 26/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 08-03-2013 PUBLIC 11-03-2013)

Se a paciente foi processada pela prática do delito de associação para o tráfico, sob a égide da Lei 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal. II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das

testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. III – **O princípio processual do tempus regit actum impõe a aplicação da lei vigente à época em que o ato processual deve ser praticado, como ocorreu, não havendo razão jurídica para se renovar o interrogatório da ré, como último ato da instrução.** [...] (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). V – Ordem denegada. (HC 113625, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013)

O princípio tempus regit actum, a nortear o conflito de leis processuais penais puras no tempo, impede a aplicação retroativa da regra que impõe a identidade física do juiz, introduzida no CPP após o advento da sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes. [...] (HC 104075, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/05/2011, DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 EMENT VOL-02555-01 PP-00124 RTJ VOL-00219-01 PP-00504)

PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada**. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2° do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5°, XL da Constituição Federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei**. (ADI 1719, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00225 RB v. 19, n. 526, 2007, p. 33-35)

Superior Tribunal de Justiça – STJ

Consoante a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, é válido o interrogatório do réu realizado antes da vigência da Lei n. 11.719/2008, que alterou o art. 400 do CPP, e a falta de renovação do interrogatório como último ato de instrução processual não implica nulidade do processo, pois houve o cumprimento da legislação anterior, à luz da regra tempus regit actum (art. 2° do CPP). [...] (REsp 1340710/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, deu nova conformidade à norma contida no art. 400 do CPP (com redação dada pela Lei n. 11.719/08), à luz do sistema constitucional acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa. O interrogatório passa a ser sempre o último ato da instrução, mesmo nos procedimentos regidos por lei especial, caindo por terra a solução de antinomias com arrimo no princípio da especialidade. Ressalvou-se, contudo, a incidência da nova compreensão aos processos nos quais a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata daquele julgamento (10.03.2016). In casu, o paciente foi sentenciado em 3.8.2015, afastando-se, pois, qualquer pretensão anulatória. [...] (HC 403.550/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 28/08/2017)

Em decorrência do princípio tempus regit actum, a lei nova aplica-se imediatamente na instrução criminal em curso, evidentemente, respeitando-se a eficácia jurídica dos atos processuais já constituídos. Apesar de as leis processuais aplicarem-se de imediato, desde a sua vigência, devem ser respeitados os atos realizados sob o império da legislação anterior, sendo, portanto, plenamente válidos os atos processuais anteriormente praticados e devidamente ratificados pelo Juízo Federal. [...] (HC 320.638/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. LEI N° 9.099/95, ART. 89. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INCIDÊNCIA SOBRE FATOS PRETÉRITOS. - **O art. 89, da Lei n° 9.099, de 1995, que criou o moderno instituto da suspensão condicional do processo nas hipóteses de infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo norma de direito penal substantivo, deve incidir sobre os atos anteriores à sua edição, em consonância com o princípio da retroatividade penal benéfica. - Incidindo sobre os**

processos em curso, deve o Juiz, no tocante as ações penais propostas antes da edição da lei em tela, provocar a manifestação do Ministério Público com vista a proposta da suspensão condicional do processo. [...] (REsp 166.562/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/1999, DJ 05/04/1999, p. 157)

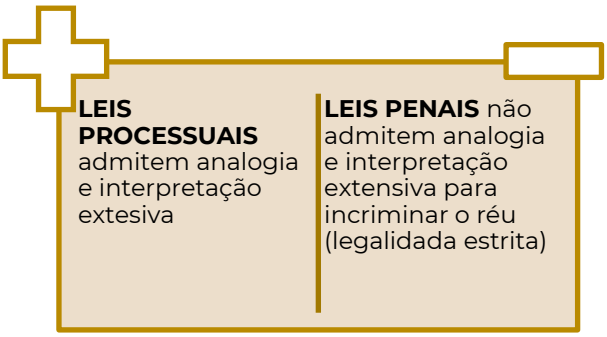
O art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei 9.271/96, contém regra de direito processual (suspensão do processo) e de direito material (suspensão da prescrição), sendo esta última prejudicial ao paciente. Portanto, não há falar em retroatividade desse dispositivo. [...] (HC 124.782/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 16/06/2011)

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



Essa disposição do art. 3° 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.

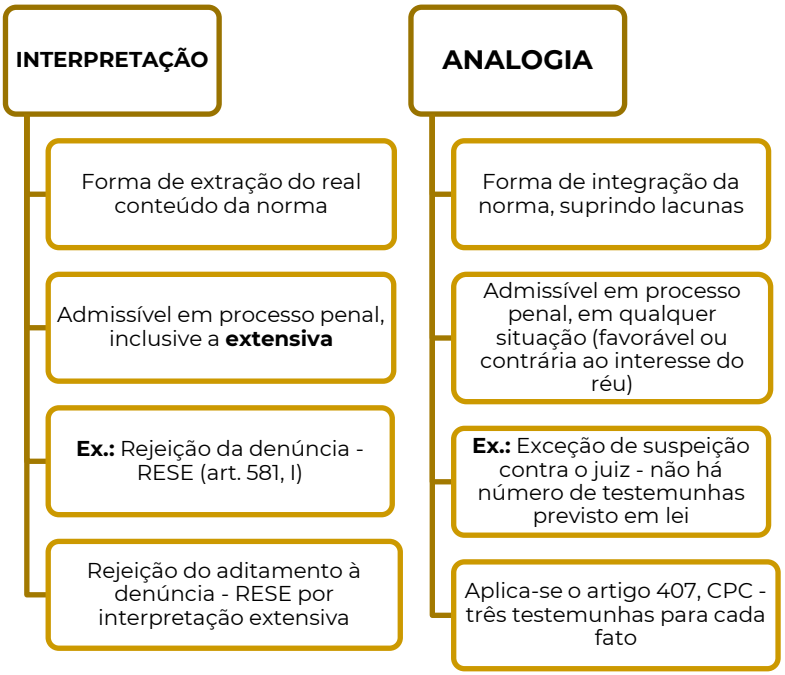
Um bom exemplo de interpretação analógica é trazido por RENATO BRASILEIRO, fazendo referência ao art. 185 do CPP, que trata do interrogatório:

> § 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, insista-se, pressupõe omissão da lei.

Doutrina complementar

FERNANDO CAPEZ (*Curso de processo penal,* 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 62): "A lei processual admite interpretação extensiva. Por não conter dispositivos versando sobre o direito de punir, segue-se que a forma rigorosa de interpretar o direito penal não se aplica ao processo penal. A este aplicam-se as regras comuns de hermenêutica (LICC, art. 4º). O preceito, todavia, não é absoluto, pois, tratando-se de exceções a regras gerais, de dispositivos restritivos da liberdade pessoal, e que afetem o direito substancial do acusado, v.g., prisão em flagrante e prisão preventiva, o texto deverá ser rigorosamente interpretado, em seu sentido estrito. O mesmo quando se tratar de regras de natureza mista (penal e processual penal)".

GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*Manual de processo penal e execução penal,* 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015): "Interpretar a lei é atividade inerente a todo operador do direito, especialmente pelo fato de que o legislador nem sempre é feliz ao editar normas, valendo-se de termos dúbios, contraditórios, obscuros e incompletos. [...] Em processo penal, qualquer forma de interpretação é válida: **literal** (espelha-se no exato significado das palavras constantes do texto legal); **restritiva** (restringe-se o alcance dos termos utilizados na lei para atingir seu real significado); **extensiva** (alarga-se o sentido dos termos legais para dar eficiência à norma); **analógica** (vale-se o intérprete de um processo de semelhança com outros termos constantes na mesma norma para analisar o conteúdo de algum termo duvidoso ou aberto) ou **teleológica-sistemática** (busca-se compor o sentido de determinada norma em comparação com as demais que compõem o sistema jurídico no qual está inserida). O art. 3.º do Código de Processo Penal é claro ao autorizar a interpretação extensiva (logo, as demais formas, menos expansivas, estão naturalmente franqueadas), bem como a analogia (processo de integração da norma, suprindo lacunas)".

RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*Manual de processo penal: volume único,* 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016): "quanto ao resultado, a interpretação pode ser declaratória, restritiva, extensiva ou progressiva. Na interpretação declaratória o intérprete não amplia nem restringe o alcance da norma, porquanto o significado ou sentido da lei corresponde exatamente à sua literalidade. Limita-se, pois, a declarar a vontade da lei. Interpretação restritiva é aquela em que o intérprete diminui, restringe o alcance da lei, uma vez que a norma disse mais do que efetivamente pretendia dizer. De seu turno, na interpretação extensiva, expressamente admitida pelo art. 3º do CPP, a lei disse menos do que deveria dizer. Por consequência, para que se possa conhecer a exata amplitude da lei, o intérprete necessita ampliar o seu campo de incidência. [...] Por fim, considera-se interpretação progressiva (adaptativa ou evolutiva) como aquela que busca ajustar a lei às transformações sociais, jurídicas, científicas e até mesmo morais que se sucedem no tempo e que acabam por interferir na efetividade que buscou o legislador com a edição de determinada norma processual penal." [...] Sobre a **analogia**, o autor assevera: "A aplicação analógica a que se refere o art. 3º do CPP pode ser definida como uma forma de autointegração da norma, 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. Não se trata, a analogia, de método de interpretação, mas sim de integração. Em outras palavras, como ao juiz não é dado deixar de julgar determinada demanda sob o argumento de que não há norma expressa regulamentando-a – *non liquet* (art. 140 do novo CPC) –, há de fazer uso dos métodos de integração, dentre eles a analogia, com o objetivo de suprir eventuais lacunas encontradas no ordenamento jurídico. [...] Quando o art. 3º do CPP dispõe que a lei processual penal admite o emprego da analogia, há de se ficar atento à verdadeira natureza da norma, ou seja, se se trata de norma genuinamente processual penal ou se, na verdade, estamos diante de norma processual mista dispondo sobre a pretensão punitiva e produzindo reflexos no direito de liberdade do agente. Afinal, na hipótese de estarmos diante de norma processual mista versando sobre a pretensão punitiva, não se pode admitir o emprego da analogia em prejuízo do acusado, sob pena de violação ao princípio da legalidade".

NORBERTO AVENA (Processo Penal, 9ª edição. Método, 02/2017): "por **interpretação** compreende-se a atividade mental realizada com o objetivo de extrair da norma legal o seu conteúdo, estabelecendo-se seu âmbito de incidência e exato sentido. Trata-se de atividade única e complexa. É única por constituir-se em um verdadeiro processo e complexa porque abrange vários momentos que se integram entre si. [...] a) Quanto ao sujeito que procede à interpretação: **1) Interpretação autêntica ou legislativa**: é aquela realizada pelo próprio órgão incumbido da elaboração do texto objeto da atividade interpretativa. Esta modalidade de interpretação pode constar do texto a ser interpretado (interpretação rotulada como contextual) ou ser posterior à vigência da lei. Exemplo: dispõe o art. 327 do Código Penal que "considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública". Por outro lado, em seu § 1.º o mesmo dispositivo prevê que "equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública". Como se vê, a interpretação quanto ao sentido da expressão "funcionário público" foi realizada pelo próprio órgão do qual emanou a lei, integrando o seu contexto e determinando o seu alcance e sentido. Vale destacar que as exposições de motivos não são leis e, assim, não podem se incluir no rol das interpretações autênticas. **2) Interpretação doutrinária ou científica**: é aquela realizada pelos estudiosos do direito. Constitui, enfim, o entendimento conferido aos dispositivos legais por escritores ou comentadores do Direito. Exemplo: artigos científico-doutrinários. b) Quanto aos meios empregados: **1) Interpretação gramatical**: também chamada de *literal* ou *sintática*, considera a letra fria da lei, vale dizer, o sentido literal dos termos incorporados ao texto legal. [...] **2) Interpretação teleológica ou lógica**: é aquela que busca a verificação quanto à vontade efetiva (ou seja, a apuração do valor e finalidade do dispositivo) da lei ao dispor desta ou daquela forma. Neste caso, a interpretação gramatical seria apenas o ponto de partida do processo de interpretação, devendo o intérprete, após verificar tal sentido, perquirir a *ratio legis* (necessidades que levaram ao estabelecimento da regra), a *vis legis* (fins visados por ocasião da elaboração da norma) e a ocasio legis (realidade temporal ao tempo da criação da lei). Exemplo: ao estabelecer a competência dos juízes federais, previu o art. 109, IX, da Carta Magna que lhes compete julgar 'os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar'. Analisando o alcance da expressão *navio* utilizada no dispositivo, decidiu o STJ que, 'realizando-se uma interpretação teleológica da locução, tem-se que a norma visa abranger as hipóteses em que tripulantes e passageiros, pelo potencial marítimo do navio, possam ser deslocados para águas territoriais internacionais', compreendendo, então, a partir desse método interpretativo, que a expressão não abrange qualquer embarcação, sendo relativa apenas àquelas de grande porte. c) Quanto ao resultado: 1) **Interpretação declarativa**: busca corresponder o sentido das palavras expressas no texto interpretado com a vontade da lei, evitando restringir-lhes ou aumentar--lhes o significado. 2) **Interpretação restritiva**: ocorre quando o intérprete conclui que a letra escrita da lei encontra-se além da *mens legis*, ou seja, o legislador disse mais do que pretendia, sendo necessário restringir o alcance da norma até que se consiga chegar ao sentido real. Mitiga-se, enfim, a literalidade do enunciado constante da norma, visando-se, inclusive, a evitar contradições dentro do sistema jurídico. Exemplo: o art. 806, § 2.º, do CPP determina que a falta de preparo importará em deserção do recurso interposto. A regra, como se vê, é ampla, sugerindo a necessidade de que qualquer das partes efetue o pagamento antecipado das custas de processamento do seu recurso, sob pena de não seguimento. Não obstante, compreende-se que o Ministério Público encontra-se fora do alcance determinado pela letra da norma, evitando-se a contradição entre esta e o sistema jurídico vigente, que dispensa o *parquet* do pagamento de quaisquer custas, taxas ou emolumentos no desempenho de suas atribuições. Tal interpretação, ademais, amolda-se à própria regra do caput do art. 806, que se refere às 'ações penais privadas'. 3) **Interpretação extensiva**: ocorre quando o intérprete detecta que a letra escrita da lei encontra-se aquém da *mens legis*, ou seja, o legislador não disse tudo o que pretendia dizer, sendo preciso estender o alcance da norma para que se possa chegar ao seu verdadeiro significado. No processo penal brasileiro, a possibilidade de interpretação extensiva está prevista, expressamente, no art. 3º do CPP. Exemplo: o art. 581 do CPP elenca os casos de cabimento do recurso em sentido estrito. Independentemente de se compreender como taxativo este rol, tem-se admitido a interpretação extensiva das situações nele previstas para permitir o manejo daquele recurso contra decisões que, apesar de não expressamente arroladas, sejam muito próximas ou, então, produzam uma consequência processual (sucumbência) semelhante à outra hipótese na qual esteja previsto seu cabimento. Assim, não há previsão de recurso em sentido estrito contra a decisão do juiz que, ao arrepio do art. 89 da Lei 9.099/1995, propõe, de ofício, mesmo diante da negativa do Ministério Público,

a suspensão condicional do processo a réu denunciado por crime com a pena mínima em abstrato de um ano de pena. É, contudo, previsto o recurso em sentido estrito para atacar a decisão que ordena a suspensão do processo em virtude de questão prejudicial (hipótese bem distinta da primeira). Considerando que ambas as decisões importam em suspensão do processo, entende-se cabível o recurso em sentido estrito com fundamento no art. 581, XVI, do CPP, também para a primeira situação referida. Afinal, trata-se de decisões que geram idêntica consequência processual. 4) **Interpretação progressiva** (adaptativa ou evolutiva): considera-se como tal aquela que objetiva ajustar a lei às transformações sociais, jurídicas, científicas e até mesmo morais que se sucedem no tempo e que interferem na efetividade que buscou o legislador com a edição da norma processual penal. Exemplo: o art. 68 do CPP estabelece que, sendo pobre o ofendido, poderá o Ministério Público, a seu requerimento, promover a ação civil *ex delicto* visando a ressarci-lo dos prejuízos causados com a prática da infração penal. Entretanto, o STF vem decidindo que, tratando-se esta atribuição de uma modalidade de assistência judiciária e considerando que o art. 134 da Constituição Federal atribuiu à Defensoria Pública a orientação e defesa dos necessitados, na medida em que esta instituição tornar-se organizada de fato e de direito em cada Comarca, progressivamente tornar-se-á inconstitucional a legitimidade estatuída pelo mencionado art. 68 do CPP para que o Ministério Público ingresse com a ação civil *ex delicto* em prol da vítima lesada. Assim, considere-se que hoje a Comarca X contenha precário atendimento pela Defensoria Pública, a ela acorrendo defensor público que provém de outra localidade, distante duzentos quilômetros, apenas uma vez por semana. Neste caso, será plenamente constitucional a atuação do promotor de justiça no sentido de exercer a legitimidade prevista no art. 68 do CPP, se assim tiver requerido a vítima pobre. Suponha-se, porém, que, em dado momento, a citada Comarca X seja contemplada com defensor público. Deste momento em diante, em virtude da modificação ocorrida no contexto jurídico local, tornar-se-á inconstitucional, naquela localidade, a atribuição do Ministério Público para o ingresso da ação civil *ex delicto* em favor do ofendido necessitado. [...] a) **Analogia**: Consiste no processo de integração, permitido pelo art. 3.º do CPP, por meio do qual, no silêncio da lei sobre determinada hipótese concreta, aplica-se outro preceito que regula caso semelhante. A analogia, como se vê, pressupõe a inexistência de lei disciplinando matéria específica, ou seja, a existência de lacuna involuntária da lei. [...] Desimportam, para o uso da analogia, a natureza da situação concreta e a natureza do diploma de onde se deve extrair a norma reguladora. Logo, nada impede o uso, por analogia, de regra do Código de Processo Civil para normatizar uma situação emergente no âmbito penal. [...] Outro aspecto de fundamental importância é a distinção entre analogia e interpretação analógica (ou *intra legem*). Observe-se: a) Quanto à **analogia**: – Consiste em processo integrativo da norma legal. – Sua função é integrar o direito diante da inexistência de norma reguladora em relação a determinada hipótese concreta. Exemplos: **1.** A Constituição Federal, no art. 102, § 3.º, exige que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral ao interpor o recurso extraordinário. Não obstante, inexiste, na esfera processual penal, disciplina própria acerca do que seja esta repercussão geral e quanto à forma de sua demonstração. Neste sentido, lacunosa a lei processual penal, cabe utilizar, por analogia, a regulamentação incorporada ao art. 1.035 do CPC/2015 para os recursos extraordinários cíveis, cumprindo-se, assim, também em matéria criminal, a determinação constitucional. **2.** Nada estabelece a Lei 9.099/1995 quanto à solução cabível na hipótese de o Ministério Público negar-se a formular ao acusado a suspensão condicional do processo a que alude o art. 89 daquele diploma. Neste contexto, omissa a lei, estabelece a Súmula 696 do STF que, discordando do entendimento do promotor de justiça, cabe ao juiz aplicar, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal, ou seja, encaminhar a questão, na esfera estadual, ao Procurador-Geral de Justiça, e, na esfera federal, às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, para deliberarem. b) Quanto à **interpretação analógica**: – Trata-se, como o próprio nome sugere, de processo interpretativo da norma. – Nos casos que requerem a interpretação analógica, existe norma reguladora estabelecendo fórmulas casuísticas, ou seja, hipóteses objetivas de sua incidência. Contudo, na sequência destas hipóteses, contempla o dispositivo legal fórmula genérica (aberta) que exige interpretação semelhante (analógica) àquela que motivou o elenco dos casos anteriores. Exemplos: **1.** Determina o art. 6.º, IX, do CPP que, logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial, entre outras providências, deverá 'averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter'. • 'averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele' = fórmula casuística, relativa à vida pregressa do investigado. •

'quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter' = fórmula genérica, que, por interpretação analógica aos dados anteriores, só pode estar se referindo à vida pregressa do indiciado. **2.** O art. 121, § 2.°, I, do Código Penal estabelece, como qualificadora do homicídio, o fato de ter sido cometido 'mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe'. • 'mediante paga ou promessa de recompensa' = fórmulas casuísticas incorporadas ao dispositivo como motivação do homicídio. • 'ou por outro motivo torpe' = fórmula genérica, que deve ter intensidade equiparada às hipóteses anteriores mencionadas no tipo, ou seja, consistir em motivo reprovável, desprezível, repugnante. **3.** O art. 121, § 2.°, III, do Código Penal qualifica o homicídio quando perpetrado 'com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum'. • 'com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura' = fórmulas casuísticas elencadas no tipo penal relativas à forma de realização do crime. • 'ou outro meio insidioso ou cruel' = fórmula genérica, que reclama um meio de cometimento do homicídio semelhante (análogo) às hipóteses anteriormente tratadas. b) **Princípios gerais do direito**: também previstos no art. 3.° do Código de Processo Penal como formas de integração da norma, constituem-se em regras gerais que decorrem da apreciação do ordenamento jurídico como um todo. Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, 'são regras que se encontram na consciência dos povos e são universalmente aceitas, mesmo que não escritas. Tais regras, de caráter genérico, orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não incluídas no direito positivo'. Por exemplo, é em razão dos princípios gerais que informam o recurso da defesa que se entende que a apelação interposta pelo condenado devolve integralmente o conhecimento da matéria ao Tribunal competente, podendo este, a despeito do princípio da dialeticidade, deferir em prol do réu questões que não foram objeto da interposição recursal (v. Capítulo 14, item 14.5.1)".

Jurisprudência pertinente

Superior Tribunal de Justiça – STJ

É cediço que a lei processual penal admite a interpretação e aplicação analógica para aquilo que o legislador previu em situação semelhante e em igualdade de condições, sempre em obediência aos direitos fundamentais e à segurança jurídica, para que não se traduza em uma analogia *in malam partem*, conforme se extrai do art. 3° do Código de Processo Penal. [...] (REsp 1657576/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ROL TAXATIVO. APLICAÇÃO EXTENSIVA. ADMISSÃO. ANALOGIA. INVIABILIDADE. REVOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. CABIMENTO DE HIPÓTESE QUE GUARDA SIMILITUDE COM O INCISO V DO ART. 581 DO CPP. 1. **As hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito, trazidas no art. 581 do Código de Processo Penal e em legislação especial, são exaustivas, admitindo a interpretação extensiva, mas não a analógica. 2. O ato de revogar prisão preventiva, previsto expressamente no inciso V, é similar ao ato de revogar medida cautelar diversa da prisão, o que permite a interpretação extensiva do artigo e, consequentemente, o manejo do recurso em sentido estrito** [...]. (REsp 1628262/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. CUMPRIMENTO INCOMPLETO DE ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA À EMPRESA RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE DADOS (FACEBOOK). POSSIBILIDADE. VALOR DAS ASTREINTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. [...] Por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, motivo pelo qual se afigura desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo. 5**. As Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte têm entendido que "a imposição de *astreintes* à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil", cujas normas são aplicáveis subsidiariamente no Processo Penal, por força do disposto no art. 3° do CPP. Nesse sentido, "a solução do impasse gerado pela renitência da empresa controladora passa pela imposição de medida coercitiva pecuniária pelo atraso no cumprimento da ordem judicial, a teor dos arts. 461, § 5.°, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.° do Código de Processo Penal**" (RMS 44.892/SP, Rel.

Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016). [...] (RMS 55.109/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017)

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 Mougenot. 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 : JusPodvim, 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 Fabrini. 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 : JusPodivm, 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 avnçado 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 inexiste 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. 5°, 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 2° 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 2° e 3° 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. 8° 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. 5°, 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 § 1° 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 5°, LVII da Constituição Federal permite essa conclusão: *ninguém será considerando 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. Confiram-se os demais princípios listados e seus respectivos artigos:

Juiz natural (art. 5°, XXXVII e LIII, CF);
Vedação das provas ilícitas (art. 5°, LVI, CF);
Devido processo legal (art. 5°, LIV, CF);
Contraditório e ampla defesa (art. 5°, LV, CF);
Estado de inocência (art. 5°, LVII, CF);
Soberania dos veredictos do Júri (art. 5°, 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. 5°, 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 verdade que o STF, ao julgar a constitucionalidade do art. 283 do CPP nas ADCs 43, 44 e 54, compreendeu que, regra geral, a execução provisória da pena não é possível. Todavia, não se descarta a possibilidade de prisões provisórias ou cautelares (como a preventiva ou a temporária) antes do trânsito em julgado. Além disso, existe a previsão legal de execução provisória da pena para condenações em penas altas no júri (art. 492, I, 'e' do CPP), conforme inovações do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019).

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 <u>toda</u> 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. 5°, LIII, CF). A Constituição Federal consagra expressamente outro aspecto do juiz natural, qual seja: vedação à criação de juízos ou tribunais de exceção (art. 5°, 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. 5°, 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. 8°, 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 ainda está incorreta. Não existe previsão no ordenamento jurídico 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 Lei 13.964/2020 introduziu o art. 3°-D ao CPP: "O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4° e 5° deste Código ficará impedido de funcionar no processo". Todavia, essa e outras disposições referentes ao *juiz das garantias* estão com a eficácia suspensa pelo STF (ADIs 6.298, 6.299, 6.300). Quando e 'se' essa disposição tiver eficácia a resposta será outra.

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. 5°, LXXVIII, CF) e, consequentemente, 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. 5°, XXXVII e LIII da CF). Esse postulado defende que não haverá juízo ou tribunal de exceção e que ninguém será processado o 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. 5°, 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. 5°, *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. 5°, *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. 5°, *caput* e LV, CF). Por isso, deve ser considerada errada.

A **alternativa D** está certa, pois traduz a essência do art. 5°, *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. 5°, 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. 5°, LV e LVII).

A alternativa E está errada. Confiram-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. 2° 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, §1°, 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, § 1° 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 inexiste 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 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.

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. (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.

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, §1°, do Código de Processo Penal, quando este dispõe serem inadmissíveis, sem ressalvas, as provas derivadas das ilícitas. (C/E)

10.3 GABARITO

1. B
2. C
3. C
4. B
5. E
6. Errada
7. D
8. E
9. D
10. Errada
11. Certa
12. Certa
13. Certa
14. Certa
15. A
16. Errada
17. B
18. D
19. Certa
20. Certa
21. Certa
22. Errada
23. Errada
24. Certa
25. B
26. B
27. Errada
28. Errada
29. D
30. D
31. Certa
32. D
33. A
34. D
35. D
36. D
37. C
38. E
39. Certa
40. 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 judicio.***

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.

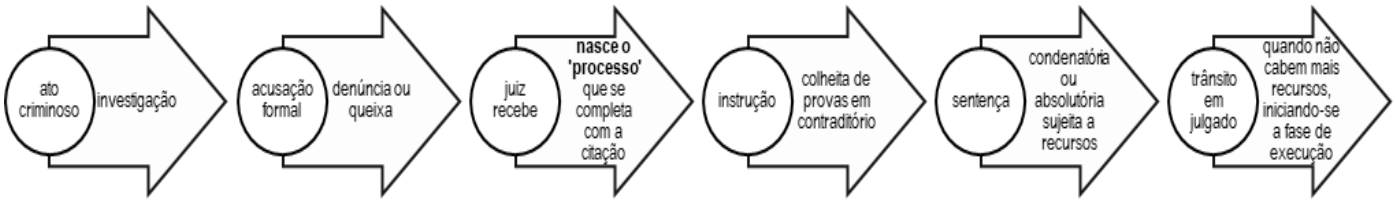
Formais: lei ordinária na maior parte dos casos; também lei complementar, emendas, normas constitucionais, costume (para parte da doutrina), princípios gerais do direito, jurisprudência.

11.3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Acusatório, **inquisitório** e **misto** são tipos históricos, categorias de criação doutrinária, não existe sistema 'puro'.

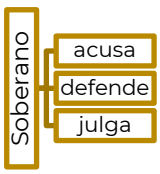
Pressuposto estrutural lógico é a acumulação ou não das funções processuais.

Classificar qual fase da **persecução penal**?



Daí a divergência na doutrina (critérios e objetos diferentes de classificação).

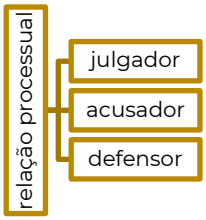
Sistema inquisitório:



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

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 judex 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	*ne procedat judex ex officio*, 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. 5° - LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; CADH, art. 8°, 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.

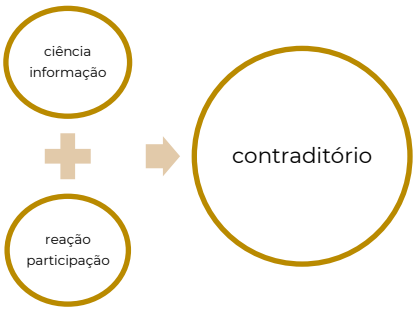
Duas regras fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento.

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.

Pela mais atual decisão do STF (ADCs 43, 44 e 54, que analisaram o art. 283 do CPP), 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).

Contraditório: CF, art. 5° - 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.

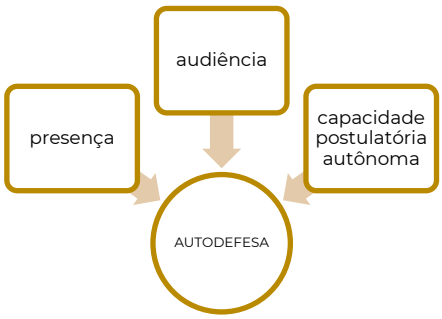
Relação estreita com o contraditório (enquanto informação); este que viabiliza a ampla defesa.

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.

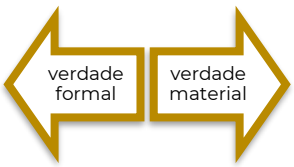
Publicidade: CF, art. 5°, LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

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. 5°, 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. § 1° São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

Tema será retomado em outro momento.

Juiz natural: CF, art. 5°: XXXVII - não haverá juízo 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. 1° - O processo penal reger-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. 7° de nosso Código Penal.

11.6 LEI PROCESSUAL NO TEMPO

CPP, art. 2° - 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.

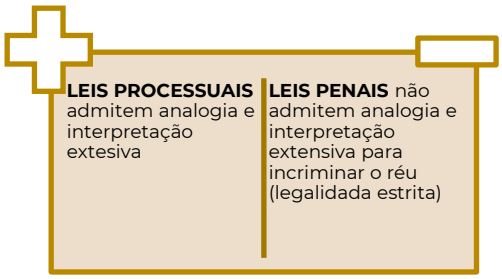
Toma-se em conta o momento da prática do ato processual; ao contrário da lei penal material, que leva em conta o tempo do crime (*tempus delicti*).

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: *tempos 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). Normas mistas possuem caráter híbrido, não importando o diploma em que estejam inseridas.

11.7 INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL



CPP, art. 3° - 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 instrumentais[11]. 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!

[11] 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.